

明治大学大学院法学研究科

2015年度

博士学位請求論文

表見法理の帰責構造

The structure of liability
in apparent theory

学位請求者 中 舎 寛 樹

『表見法理の帰責構造』

目 次

序 章 問題の所在と本研究の課題

第一節 問題の所在

第二節 帰責性に関する従来の研究とその問題点

第一章 民法九四条二項の帰責構造

第一節 民法九四条二項の帰責根拠

- 1 虚偽表示における当事者の目的
 - 1—1 問題の所在と問題の範囲
 - 1—2 判例における民法九四条の取扱い
 - 1—3 フランス民法における虚偽表示
 - 1—4 判例における民法一三二一条の取扱い
 - 1—5 虚偽表示確認の訴えの位置づけ
 - 1—6 民法九四条における当事者の目的と九四条の構成
 - 1—7 むすび
- 2 他人による法律行為と民法九四条の機能
 - 2—1 他人による法律行為と法律構成の不明確性
 - 2—2 ドイツ民法における虚偽表示と他人による法律行為
 - 2—3 民法九四条の特殊性と他人による法律行為への適用

第二節 民法九四条二項の類推適用

- 1 無権利者からの不動産の取得
 - 1—1 登記の公信力と不動産の善意取得に関する民法の態度
 - 1—2 判例による法形成
 - 1—3 判例の横断的整理と類推適用の範囲
- 2 登記と民法九四条二項類推適用
 - 2—1 判例による民法九四条二項類推適用の展開
 - 2—2 民法九四条二項類推適用の要件
 - 2—3 判例自身による一つの限界設定
 - 2—4 判例の「住み分け論」に対する学説の対応
 - 2—5 むすびにかえて
- 3 不実の所有権移転登記につき重大な不注意がある所有者と九四条二項・一一〇条の類推適用
 - 3—1 判決のポイント

- 3—2 事案
- 3—3 判旨
- 3—4 先例・学説
- 3—5 評論
- 4 民法九四条の機能
 - 4—1 はじめに
 - 4—2 民法九四条の構造
 - 4—3 判例による類推適用の展開
 - 4—4 類推適用の限界

第二章 民法四七八条の帰責構造

第一節 民法四七八条の帰責根拠

- 1 議論の歴史的展開
 - 1—1 債権の準占有者に対する弁済
 - 1—2 受取証書の持参人に対する弁済
- 2 現在の議論の状況
 - 2—1 債権の準占有者に対する弁済
 - 2—2 受取証書の持参人に対する弁済
- 3 今後の問題

第二節 民法四七八条の類推適用

- 1 預金者の認定と銀行の免責
 - 1—1 序
 - 1—2 協力預金ケース
 - 1—3 預入依頼ケース
 - 1—4 その他のケース
 - 1—5 むすび
- 2 判例による民法四七八条の類推適用とその拡大
 - 2—1 はじめに
 - 2—2 預金担保貸付における民法四七八条類推適用論の確立
 - 2—3 最判昭和五九年二月二三日とその意義
 - 2—4 その後の裁判例に対する判例理論の影響
 - 2—5 おわりに
- 3 預金担保貸付と民法四七八条の類推適用の可否
 - 3—1 判決の要旨
 - 3—2 事実の概要
 - 3—3 判旨の内容

- 3—4 学説と判例
- 3—5 学理上の問題点
- 3—6 実務上の留意点
- 4 生命保険会社の契約者貸付と民法四七八条の類推適用
 - 4—1 判決のポイント
 - 4—2 事案
 - 4—3 判旨
 - 4—4 先例・学説
 - 4—5 評論

第三節 預金取引の二重構造

- 1 預金取引における物権と債権の交錯
 - 1—1 はじめに
 - 1—2 預金取引の特殊性
 - 1—3 預金者認定型紛争
 - 1—4 預金者なりすまし型紛争
 - 1—5 誤振込型紛争
 - 1—6 おわりに
- 2 無権利者に対する預金の払戻しと不当利得返還請求・損害賠償請求の意義
 - 2—1 はじめに
 - 2—2 真の預金者による無権利者に対する不当利得返還請求・損害賠償請求
 - 2—3 真の預金者による債務者に対する損害賠償請求
 - 2—4 金融機関による無権利者に対する不当利得返還請求
 - 2—5 まとめ

第三章 表見代理の帰責構造

第一節 表見代理の帰責根拠

- 1 表見代理の帰責根拠と「認容」
 - 1—1 はじめに
 - 1—2 ドイツにおける表見代理の帰責根拠
 - 1—3 わが国における表見代理の帰責根拠
 - 1—4 表見代理における帰責根拠としての「認容」とその多様性
- 2 民法一一〇条の表見代理—本人の帰責性と要件枠組み
 - 2—1 はじめに
 - 2—2 民法一一〇条と本人の意思・帰責性
 - 2—3 基本代理権・基本権限と帰責性
 - 2—4 正当理由と帰責性

2—5 重畳適用と帰責性

2—6 おわりに

第二節 表見代理規定の類推適用

1 いわゆる「名義貸し」の法律関係

1—1 問題の所在

1—2 「名義貸し」に関する裁判例

1—3 名板貸規定の趣旨

1—4 民法における「名義貸し」の法律構成

2 受託者名義での中古自動車の販売委託と表見代理の類推

2—1 判決のポイント

2—2 事案

2—3 判旨

2—4 先例・学説

2—5 評論

3 預金契約の当事者・表見代理・準占有者に対する弁済

3—1 はじめに

3—2 契約当事者の確定に関する一般理論と判例理論

3—3 契約当事者の確定問題への民法四七八条の接近

3—4 預金契約と当事者確定の必要性の有無

4 表見代理と民法四七八条の機能的関係

4—1 はじめに

4—2 判例による四七八条と表見代理の同質化

4—3 最近の裁判例における四七八条と表見代理の機能分担

4—4 判例による両制度の同質化に対する従来の学説の対応

4—5 両制度の適正な機能分担に関する若干の私見

第四章 表見法理の帰責構造と他人による行為

第一節 表見法理の帰責構造の多様性と共通性

1 民法九四条二項類推適用における帰責性

1—1 民法九四条二項における帰責の構造

1—2 類推適用の各類型における帰責の構造

1—3 小括

2 民法四七八条の適用領域の拡大・類推適用と帰責性

2—1 民法四七八条における帰責の構造

2—2 準占有者概念の拡大と帰責の構造

2—3 弁済以外の行為への拡大と帰責の構造

- 2—4 小括
 - 3 表見代理の適用領域の拡大・類推適用と帰責性
 - 3—1 表見代理における帰責の構造
 - 3—2 法定代理に対する表見代理の適用における帰責の構造
 - 3—3 本人名義でなされた行為に対する表見代理規定の類推適用における帰責の構造
 - 3—4 名義貸しに対する表見代理規定の類推適用における帰責の構造
 - 3—5 小括
 - 4 帰責の構造の多様性と共通性
 - 4—1 表見法理における帰責構造の多様性
 - 4—2 表見法理の帰責構造における共通性
- 第二節 他人による行為と表見法理
- 1 取引に関する財産管理人の地位
 - 1—1 財産管理に関するアプローチ
 - 1—2 財産管理人の行為の対外的効力に関する民法規定の調整
 - 1—3 むすび
 - 2 真の権利者の帰責根拠としての認容
 - 2—1 他人による行為の全体像と真の権利者の帰責の構造
 - 2—2 結論

序章 問題の所在と本研究の課題

第一節 問題の所在

民法における表見法理、すなわち、権利外観保護規定ないしその類推適用の場面では、今日、無権利者から権利を取得した者を保護することを正当化する根拠として、真の権利者に「帰責性」があることが判例・学説上要求されている。たとえば、民法規定の類推適用の代表的な場面として、虚偽表示に関する民法九四条二項は、虚偽表示ではないが、虚偽の登記名義が存在し、それを信じて取引に入った第三者を保護するために類推適用されており、そこでは、真の権利者に虚偽の登記名義に対する帰責性があることが類推適用の要件であると解されている(1)。また、表見代理においては、民法一〇九条、一一〇条、一一二条に共通する要素として、本人に何らかの帰責性があることを要求することが共通理解となっている(2)。さらに、債権の準占有者に対する弁済に関する民法四七八条については、判例による適用・類推適用領域の拡大を背景事情として(3)、判例は實際上真の債権者に帰責性があることを考慮しているとの指摘や(4)、帰責性を要件とすべきであるとの有力な学説がある(5)。このように、表見法理における帰責性概念は、取引の安全や信頼保護を一方的に強調し、第三者保護を優先してきた時代が終焉を告げ、真の権利者と第三者との利害調整を適切に行うべきことが要請される現代において、権利外観保護規定の適用ないしその類推適用が無限定な第三者保護とならず、その範囲を合理的なものに画するための「要件」としての機能が期待されている。

要件といえるためには、その意義や限界が明確に設定されなければならない。しかし、従来、各表見法理において、帰責性概念はその意義・内容が必ずしも明確にされないまま頻繁に利用されており、表見法理に関する統一的な法概念として確立しているとはいえない。また、各表見法理の適用・類推適用の範囲を画する概念として明確になっているともいい難い。たとえば、民法九四条二項類推適用は、判例上、真の権利者が自ら虚偽の外形を作出した場合から始まったが(6)、現在では、真の権利者が虚偽の外形の存在をまったく知らない場合にまで類推適用を認める最高裁判決が現れており(7)、帰責性の意義および類推適用の限界が不透明になっている(8)。また、表見代理では、表見代理人の代理行為に対する本人の帰責性が問題になるが、学説によりその要件上の位置づけ、考慮の程度等に違いがあり、決着を見ていない(9)。さらに、民法四七八条については、そもそも債権者の帰責の要素を要件の中に取り込むべきか否かで議論が対立している(10)。

このような状況を生み出している原因は、帰責性概念が、発展史的に、各表見法理における判例の分析を基に、真の権利者に責任を負わせるべき事情が存在することを示す総体的な概念として論じられてきたために、理論的には、真の権利者の意思的関与ないし行為態様とされながら、効果意思による法律効果の発生という伝統的な法律行為論・意思表示論との関係でその意義や内容が十分に位置づけられないまま、融通無碍に利用されてきた

ことにある。たしかに学説の中には、後述のように、このような状況を批判し、表見法理において帰責性に十分な理論的位置づけを与えなければならないとして、帰責の基礎理論の定立を試みる見解もすでに存在する。しかし、このような学説の提唱するところは、現在までのところ、学界全体の共通認識となっているようには思われない。

そこで本研究では、第一に、帰責性に関する従来の研究にはどのような問題があったかを明らかにしたうえで（本章第二節）、第二に、各表見法理において判例の展開の基礎となっている制度における真の権利者の帰責の構造が法律行為論・意思表示論の観点から見ていかなるものであるかを明らかにし（第一章～第三章）、それと判例によって示された帰責性の内容との関係を検討することにした。そして第三に、これらの検討結果をふまえて、表見法理全体を統一的に理解するための理論枠組みの提示を試みたい（第四章）。

- (1) 民法九四条二項類推適用に関して詳しくは、本研究第一章第二節参照。
- (2) 表見代理と帰責性との関係に関して詳しくは、本研究第三章第一節参照。
- (3) 民法四七八条の適用領域の拡大・類推適用に関して詳しくは、本研究第二章第一節2、第二節参照。
- (4) 曾根裕夫「判批」北法四〇卷四号二九四頁。
- (5) 篠塚昭次・柳田幸男「準占有と代理資格の詐称」判タ一三九号二頁、沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）八七頁、潮見佳男『債権総論（第三版）』（二〇〇七年、信山社）三二七頁。
- (6) 最判昭和二九・八・二〇民集八卷八号一五〇五頁、最判昭和三七・九・一四民集一六卷九号一九三五頁、最判昭和四一・三・一八民集二〇卷三号四五一頁、最判昭和四四・五・二七民集二三卷六号九九八頁。
- (7) 最判平成一八・二・二三民集六〇卷二号五四六頁。
- (8) 本研究第一章第二節4参照。とくに前掲注(7)の平成一八年判決をめぐっては、類推適用に肯定的な見解と限界を超えるものとして否定的な見解とが対立していることにつき、佐久間毅「民法九四条二項・一一〇条の類推適用」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ（第六版）』（二〇〇九年、有斐閣）四六頁以下参照。
- (9) 本研究第三章第一節2、中舎寛樹『民法総則』（二〇一〇年、日本評論社）三四六、三五二、三五六、三五九、三六五頁、山本敬三『民法講義Ⅰ（第三版）』（二〇一一年、有斐閣）四〇三頁参照。
- (10) 本研究第二章第二節3参照。判例による四七八条の適用領域・類推適用の拡大に反対しつつ、どうしても広げるならば、債権者の帰責性を要件とすべきであるとするものとして、池田真朗「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」慶応義塾大学法学部編『慶応義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科編』（一九九〇年、慶応義塾大学法学部）三一五頁。

第二節 帰責性に関する従来の研究とその問題点

従来、わが国においては、表見法理における帰責性について正面から取り組んだ研究はほとんどない(1)。しかし、安永正昭教授と多田利隆教授の研究は、民法における表見法理における帰責性の問題を理論的かつ制度横断的に検討した代表的な研究である。

(1) 安永教授の研究

安永教授(2)は、わが国で一般に利用された権利外観論「的」構成は、取引保護の要請を直接満たす結論を得るために、保護すべき相手方の「信頼」という構成面が極めて重視されたものであり、信頼保護により不利益を課せられる者への「帰責性」という構成面が必ずしも十分に考慮されておらず、単に利益衡量的に取り込まれているにすぎないとして(3)、わが国でも今後は、「帰責性」あるいは「帰責事由」を重視すべきであるが、問題は、それを各制度の解釈において独立の要件にまで高めていくべきかどうかであり、また、それと関連して、極めて漠然としか捉えられていない「帰責性」あるいは「帰責事由」の内容は具体的にはいかなるものかと考えるかであるとする(4)。そして、わが国における取引安全を重視してきた学説として鳩山説、我妻説が通説的立場を獲得する過程を明らかにしたうえで、判例による民法九四条二項の類推、民法九四条二項および民法一一〇条の法意の援用を素材として、これを批判的に検討し、両者の場合ともに、類推適用の可否の標準は「真の権利者が不実登記という他人を誤り導く危険を有する権利の外形を第三者より良く支配しえたかどうか」(5)、ないし「真の権利者の支配の及ぶ範囲内か否か」となるべきであるとする(6)。

また、同教授は、民法一一〇条について(7)、立法過程やその後の判例・学説の展開を分析したうえで、従来の見解における帰責性に対する考慮の不十分性を指摘し、当該越権行為自体との関連における本人側の事情を捉えることが必要であり(8)、同条における責任の根拠は、「当該越権行為事項が代理権でおおわれていると信ずるに足る事情(代理権の外観)を知りつつあるいは知るべきであるのに知らないで、代理権授与の際代理人に手渡してしまったという意識的行為」に求められるとし、この責任は、「授与した代理権をこえて代理人に余分の衣を着せることで、外部に対しそれに相応する代理行為の結果を負担するとの表示をなしたことに基づく責任ということになる」としている(9)。同教授は、その後も一貫して、帰責性の問題がこれまでの解釈論一般において、体系的に必ずしも十分な議論、位置づけがなされてこなかったことを指摘し(10)、各取引安全保護制度においては、民法四七八条を除き、それぞれ形態は異なるが、不利益を蒙る側の事情が顧慮されていること、また、外観作出に対する関与、原因を与えたなどとおおまかに表現する以上に、各制度におけるそれぞれの顧慮の性質を決定し、またそれを体系的に位置づけるということに十分な意が払われていないとして問題提起をし(11)、取引安全保護制度において理論的に最も重要な論点は帰責性の問題であるとしている(12)。

安永教授は、帰責の根拠につき、ドイツで議論があることにふれつつ、教授自身がどの

ような理論的立場に立つかを必ずしも明らかにしていない。しかし、上記からすれば、同教授は、他人を誤信させるような外観を支配しえたこと（危険支配）を表見法理における共通の帰責根拠と解しているのではないかと思われる。

（２） 多田教授の研究

多田教授(13)は、従来のわが国の信頼保護に関する議論では、帰責の問題を軽視してきたという重大な問題点があり、それは帰責の基礎理論が確立していないことによるとして、ドイツにおいては信頼保護における帰責の原理について、与因主義、過失主義、危険主義という三つの立場があることを紹介したうえで、わが国においてはどのような基礎理論によるべきかを検討している。

まず、ドイツにおける通説である与因主義では、真の権利者の意思に基づいて与因行為がなされていることが帰責の根拠とされるが(14)、これでは有効な法律行為における責任根拠である意思責任と同じになってしまうとし、むしろ与因行為に伴う危険性についての真の権利者の認識・認容こそが帰責の根拠というべきであり、与因主義は危険な状態を意識的に発生・存続させたことに根拠を求めるという意味で危険主義に解消されるべきであり(15)、与因は危険主義の適用の基準と位置づけるべきであるとする(16)。次に、過失主義については、信頼保護に関するすべての場合に過失を基準とすることはできないとして(17)、他人に対する過失は危険状態を過失により発生・存続させたという意味で危険主義に解消されるべきであり、過失は危険に関する帰責判断の基準と位置づけるべきであるとする(18)。そして最後に、危険主義こそが信頼保護における帰責の原理とされるべきであり、危険を発生・存続させたことが真の権利者の帰責根拠というべきであるとし、危険に対する真の権利者の関与の仕方により帰責可能性を判断すべきであるとする(19)。

続いて、真の権利者の関与の仕方の基準は、危険支配を基礎としつつ、具体的には多元的な構成によるべきであって、意思、過失、および意思・過失がない場合にあっては、危険により近い立場にあったことが基準となるとする(20)。さらに、具体的な判断が場当たり的な判断にならないためには定型的な判断が必要であるとしたうえで(21)、民法九四条二項および民法一〇九条については、危険引受の意思があることが帰責根拠であり(22)、民法一一〇条、一一二条については、従来は過失があることが根拠と解されてきたが、これらにおいて本人に過失があるということはできず、むしろ相手方よりも本人のほうが無権代理状態を防止しうる立場にあるという危険支配が帰責根拠であると解すべきであり、民法九六条三項や民法四七八条もまた権利者の危険支配が根拠となるとする。また、民法一九二条では、信頼の客観的基礎たる外観に対する相手方の信頼が修正要素として問題になるとする。

また、第三者の保護事由との関係では、これと真の権利者の帰責事由を総合することは無理であって(23)、両事情を相関的に考慮することが必要であり(24)、民法九四条二項や民法一〇九条では、真の権利者が意識的に外観を作出・存続させているので、その相関において第三者に無過失は不要であるとしている(25)。

このように、多田教授は、外観を発生・存続させたという危険支配を表見法理に共通する帰責根拠と解しつつ、危険支配は、意思、過失、危険により近い立場にあったことという多元的な基準により判断されるとともに、各表見法理によってその内容には定型的な基準が見い出せるとしている。

(3) 評価と課題

以上の安永、多田両教授の研究は、従来の研究が個々の表見法理ごと、かつ、判例分析中心に行われてきた傾向がある中で、その不十分性を指摘し、各表見法理に共通する原理を理論的に検討して、それが「危険支配」であると主張するものとして高く評価することができる。しかし、その具体的内容として説くところは、従来わが国の判例分析の結果として一般論的にいわれているところとほとんど異ならず、たとえ、表見法理における帰責の基礎が危険支配にあることを認めたとしても、その具体的内容を拡大していけば、各表見法理ないしその類推適用の要件、適用範囲、限界は曖昧なものになってしまうことは自ずと予想できるところである。

思うに、この原因は、各表見法理の特殊性およびその法律行為論・意思表示論上の意味が明らかにされていないところにある。表見法理といっても、それらもまた法律行為・意思表示概念を基礎とする現在の民法体系中の制度である以上、従来のようにその理解について取引安全重視の考え方ないし帰責性重視の考え方による以前に、それらが通常の正常な法律行為・意思表示がなされた場合とどのような点で、どのように異なるのかを明らかにする必要があるのではなかろうか。また、そうすることによってはじめて、当該表見法理の要件、適用範囲、限界を明確に設定することができるのではなかろうか。

具体的には、第一に、各表見法理の趣旨について、通常法律行為・意思表示論からすれば効果が認められない行為が、何故第三者との関係では有効なものとして取り扱われることになるのか、換言すれば、当該規定における帰責の本質、すなわち、「その要素があることによりはじめて第三者に対する責任を肯定でき、その要素を欠いたのではもはやその法理ではない」という意味での本質的な要素が何かを明らかにし、それを検討の出発点にすべきである。

第二に、各表見法理について、それぞれ第一の検討結果と判例とをつき合わせることで、判例は帰責性をどのように捉えているのか、またそれは規定の本質的な要素から見て妥当であるといえるのか否かを分析・評価し、各表見法理における真の権利者の責任の限界を明らかにすべきである。

さらに、第三として、これらの検討の結果を帰責性軽視に対するアンチ・テーゼにとどめることなく、表見法理における帰責の構造を理論的に解明するためには、第二までの検討の結果である本質的な要素と限界設定は、法律行為論、意思表示論上どのような意味を有し、どのように位置づけられるかを通常の正常な法律行為・意思表示との関係で明らかにすべきである。

- (1) 喜多了祐『外観優越の法理』（一九七六年、千倉書房）は、民商法における信託保護法理における帰責性について総合的に検討した先駆的業績である。ただし、各論的な検討では、民法との比較による商法上の善意取得制度が検討の中心になっている。
- (2) 安永正昭「民法における信託保護の制度とその法律構成について」神戸法学二七巻一号一頁、二八巻二号一二七頁。安永正昭「民法における信託保護制度と帰責性」司研一〇八号一頁も参照。
- (3) 安永・前掲注(2)一号三頁。
- (4) 安永・前掲注(2)一号四頁。
- (5) 安永・前掲注(2)二号一五三頁。
- (6) 安永・前掲注(2)二号一六六頁。
- (7) 安永正昭「越権代理と帰責性」奥田昌道編『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望（中）』（一九八二年、有斐閣）一頁。
- (8) 安永・前掲注(7)五五頁。
- (9) 安永・前掲注(7)五九頁。
- (10) 安永正昭「民法における取引安全保護制度」法教一一二号五九頁、一一三号三四頁、一一四号四二頁（とくに一一四号四二頁以下）。
- (11) 安永・前掲注(10)一一四号四五頁。
- (12) 安永・前掲注(10)一一四号四七頁。
- (13) 多田利隆『信託保護における帰責の理論』（一九九六年、信山社）。
- (14) 多田・前掲注(13)二五二頁。
- (15) 多田・前掲注(13)二五三頁。
- (16) 多田・前掲注(13)二五四頁。
- (17) 多田・前掲注(13)二六一頁以下。
- (18) 多田・前掲注(13)二六七頁。
- (19) 多田・前掲注(13)二七四頁。
- (20) 多田・前掲注(13)二七一頁。
- (21) 多田・前掲注(13)二八四頁以下。
- (22) 多田・前掲注(13)二五九頁。
- (23) 多田・前掲注(13)三一九頁。
- (24) 多田・前掲注(13)三二一頁。
- (25) 多田・前掲注(13)三二三頁。

第一章 民法九四条二項の帰責構造

第一節 民法九四条二項の帰責根拠

1 虚偽表示における当事者の目的

1-1 問題の所在と問題の範囲

一 問題の所在

民法九四条は、「相手方と通じてした虚偽の意思表示は、無効とする」と規定する。本条は、民法典中、意思表示の無効に関する規定としての位置を与えられている。日本民法は、法律行為の効力の基礎に意思表示が有効であることを要求し、意思表示が有効であるためには、意思と表示が一致していることを要求する(1)。そして、九四条では、表示と一致する意思がないものと構成されているのである。

このような意思理論からの帰結は、虚偽表示においては当事者は常に当該行為をなすにあたって、ある目的を有しているにもかかわらず、結果的に規定上それを無視することになった。すなわち、当事者が当該行為をなすにあたって有している目的に対する考慮よりも、意思表示が無効であるとの考慮が先行している。本節1は、この当事者の目的が、九四条においていかなる位置づけを与えられるべきか、またそれと外形との関連はどう理解されるべきかを探ることを目的とする。

九四条が規定上、表示された外形の無効に着目した構成をとったことは、第一に、虚偽表示においては表示に一致する意思がないということと、当事者は虚偽表示をなすにあたっては常にある目的を有しているということとの関係をあいまいなまま残している。次の設例をみよう。

(A) 債務者甲は、債権者からの差押えを免れる目的で、乙と通謀して甲所有不動産の売買契約を締結し、登記名義を乙に移した。

この場合には、九四条一項の適用により、売買契約は無効とされる。しかし、これを当事者の目的との関連でみた場合には疑問が生ずる。「意思がない」とされるのは、債権者の差押えを免れる目的が、所有権を譲渡するということと相容れないと考えるからである。しかし、この目的は、所有権譲渡という外形を用いることそれ自体により達成される。換言すれば、かような外形を用いることが当事者の目的なのではなかろうか。とするならば、この目的は所有権譲渡ということと相容れないものではない。したがってこの場合を「意思がない」として、虚偽表示と構成することは合理的なのであろうかという疑問が生ずる。本節1の第一の問題関心は、このように従来虚偽表示と構成されてきた事例を、当事者の目的の観点からとらえ、その合理性を検討することにある。

第二に、九四条の構成は、当事者の目的と表示された外形との関係も不明なままにして

いる(2)。次の設例をみよう。

(B) 甲は、自己所有不動産を他に売却してもらう目的で、乙との間で売買契約を締結し、登記名義を乙に移した。乙はその目的どおり、丙に売却した。丙はその不動産が甲のものであることを知っていた。

この場合、第三者丙は悪意の第三者である。しかし、当事者の目的はそのまま達成されているにもかかわらず、第三者に保護を与えないのは合理的であると思われない。このような場合には、九四条を適用し表示された外形を無効とする必要はないのではないかという疑問が生ずる。すなわち、本節1の第二の問題関心は、外形の効力と当事者の目的とはいかなる形で関連づけられるべきか、その際、九四条はいかなる構造をもつものとして理解されるべきか、ということにある。

第三に、当事者の目的の観点から虚偽表示を考察しようとする場合には、従来虚偽表示と区別されてきた事例についても、そのように区別することに対して疑問が生ずる。次の設例をみよう。

(C) 債務者甲は、債権を担保する目的で、債権者乙との間で甲所有不動産の売買契約を締結し、登記名義を乙に移した。

これは、いわゆる譲渡担保の場合である。しかし、虚偽表示が、当事者の目的としたところと表示された外形との間に違いがある場合であるとするならば、この場合も、債権担保の目的が外形においてそのまま反映されているとはいえない以上、虚偽表示と構造的に異ならないのではないかという疑問が生ずる。従って、本節1の第三の問題関心は、従来虚偽表示と区別されてきた事例について、これを虚偽表示と構成することにより合理的な解決を図ることができるのではないかを検討することになる。

以上の問題関心から、1―2では、当事者の目的の点から判例を整理し、虚偽表示として取扱うことが合理的であるか否かを検討し、また、虚偽表示とはされていない事案についても、虚偽表示として取扱うことにより合理的な解決を図ることができると思われる事例について検討する。そして、何故虚偽表示または虚偽表示でないとして取扱うのか、それによりいかなる問題が生じているかを検討する。1―3では、1―2で生じた疑問をもとに、フランス法でそれらの疑問がどのように解決されているかを検討する。そして1―4では、以上から得られた当事者の目的の位置づけおよび外形との関連についての手がかりをもとに、九四条はいかに構成されるべきかにつき検討し、1―5において本節1の結びとしたい。

- (1) 意思と表示が一致するといっても、その意思をどのようなものととらえるかについては立場が分かれる。すなわち、意思主義的立場からすれば、それは内心の効果意思を意味し、表示主義的立場からすれば、それは表示上の効果意思を意味するであろう。しかしいずれの立場にしても、意思表示が有効であるためには意思と表示の一致を要求する。民法は、九三条本文では表示主義的立場をとり、九四条一項では意思主義的

立場をとっているように、両主義に対して折衷的態度をとっている。これら両主義の関連を民法においてどう理解するかは一つの問題であるが、本節1では触れないことにする。

- (2) 学説は、虚偽表示でも、他に真実の行為をする意思を伴うことがあるとして、その行為を隠匿行為（または隠匿契約）と呼び、その効力は九四条と切り離して考えるが、虚偽表示により表示された外形との関連は明確でない（我妻栄『新訂民法総則』（一九六五年、岩波書店）〔三一六〕、川島武宣『民法総則』（一九六五年、有斐閣）二七八頁、四宮和夫『民法総則（新版）』（一九七六年、弘文堂）一七四頁参照）。ただ、幾代通『民法総則』（一九六九年、青林書院新社）二四九頁は「外觀のうち、真実（隠匿行為）とくいちがう部分が虚偽表示ということになる。」とされる。しかしそこで念頭に置かれている事例は、真実は贈与であるものを売買と仮装するといったように、一部（所有権譲渡）は隠匿契約の外形として法律上も利用できる場合であって、担保目的なのに所有権を譲渡するといった場合ではない。また、当事者は何故贈与を売買に仮装したのかという点についての考慮は残されたままである。

二 問題の範囲

本節1は、民法九四条の検討を目的とする。したがって、本節1の目的と関連するが、取り上げない問題がある。

第一にそれは、意思表示理論の中で、虚偽表示における当事者の目的はいかなる位置づけがなされるべきかという問題である。本節1のように、虚偽表示を当事者の目的としたところと表示された外形との関連においてとらえようとするならば、この当事者の目的が、虚偽表示においては表示に一致する意思がないとされるその意思に代わるところの「隠れた意思」なのかが問題となる。しかし、これをどう理解するかは、意思表示理論全体の問題と関連する。すなわち、意思表示は、意思主義の下では動機、効果意思、表示意思という段階を経て成立する。しかし特に錯誤の問題を中心にして、動機と効果意思の関係が問題とされている。そしてそこでしばしば語られる「真意」という言葉の背景には、意思表示をどのような構造においてとらえるかという問題が潜んでいる。したがって、虚偽表示における当事者の目的を、簡単に「真意」と置き換えることはできない。本節1ではこの問題に立ち入ることはできないので、当事者の目的は、「意図したところ」といった表現を用いておくにとどめる。

第二は、信託的譲渡という概念がわが民法上成り立ちうるかという問題である。本節1の問題関心からすれば、従来信託的譲渡として取扱われてきた事例についても、当事者の目的の観点からその合理性を検討し、九四条との関連を探ることになる。しかし、虚偽表示と信託的譲渡とは、一方での結論を前提にして他方を語るといった関係ではなく、各々の検討及び相互の検討といった、より広い視点からの検討を要する関係にあると思われる。たとえば、フランス民法同様に物権行為の独自性を認めないわが民法上、物権行為と債権

行為の分離をきたす信託的譲渡という概念が成立しうるのかという問題を検討する必要がある。しかしこのためには、ドイツ法の構造、この概念が必要とされるに至った事情、わが国に導入された経過等を探る必要がある。したがって本節1では虚偽表示の側から、信託的譲渡として取扱われる事例は九四条による処理が可能かとの検討をするにとどめる。

1—2 判例における民法九四条の取扱い

九四条に関連する判例は、当事者が何を目的としていたかという点からみて以下のよう
に整理することができる。そこで前述の問題関心に従い、これらの事例を九四条により処
理すべき事例として扱うことが合理的であるかにつき検討する。

一 公序良俗に反する目的を達成するためになされた行為に関する事例

妾関係に基づく生活費支払いのために債権証書が作成、交付され、その利息名義で生活
費が支払われていたところ、妾が元金の支払いを請求したという事案において、債権証書
が虚偽表示によるものであることを理由にそれを排除したもの（①東京地判昭和一三年一
〇月一日新聞四三三六号一七頁）と、妾が商売を行うため、男の妻が家屋購入資金を提
供し、購入された家屋の登記名義が売主から妾に経由されていたところ、妻が妾に対し登
記移転を、妾からの転売による転得者に対し登記抹消を請求したという事案において、九
四条二項を類推適用しそれを排除したもの（②最判昭和二九年八月二〇日民集八巻八号一
五〇五頁）がある。

これらの判決では、当事者が意図した目的が公序良俗に反するものであるか否かが問わ
れることなく、九四条が適用されまたは九四条二項が類推適用されている。しかし事案を
検討すると、①では、債権証書が虚偽表示によるもので架空のものであると考えること
には疑問がある。すなわち、当事者は、債権証書を作成するにあたり、それが虚偽のもの
であるとは考えていなかったのである。その証書は、男が退職したときに証書記載額を妾に
贈与することを約した証書として作成されている。それだからこそ、男はその内金として
一部をすでに支払っているものであり、妾は男が退職したことを理由に請求に及んでいる
のである。贈与の目的を債権証書の交付をもって実現したことをとらえて、虚偽表示と構成
する必要はない。当事者間には贈与の意思があるのであり、債権証書の作成交付は、その
ための手段の一つにすぎない。また、利息名義での生活費の支払いについても、男は生活
費支払の意思を有しているものであり、それを利息の支払いという手段で実現したにすぎ
ない。したがって本件債権証書は、妾関係の継続ないし妾関係における報酬を目的とする贈
与の手段と考えられる。②では、家屋の登記名義が妾になっていることが、虚偽表示類似
のものであるとされている。しかしここでもそのように考えることには疑問がある。すな
わち、登記名義が妾となっていることが虚偽表示類似のものであるといえるためには、家
屋の所有権譲渡以外の目的が意図されていたことが必要であるが、そのような目的を見い

出すことができないからである。判決理由では、妻は使用貸借をなすつもりであったと認定されているが、妻と妾との間には何らの関係もなく、妾には使用貸借であるとの認識もなかった。本件は、男が妻から金銭の提供を受け、それで購入した家屋を妾に贈与した事案であるとみることができる(3)。したがって本件登記名義の移転は、妾関係の継続を目的とする贈与によるものと考えられる。

妾関係の継続ないし妾関係における報酬を目的とする贈与は、公序良俗違反として九〇条により無効となると解されている(4)のであるから、①の債権証書②の登記は、この点で無効とされるべきではなかったろうか(5)。

結局、公序良俗に反する目的を達成するためになされた行為に関する事例では、当事者は表示に一致する意思を有しているものであり、ただ、公序良俗に反する目的のゆえに意思実現の手段において技巧がこらされているにすぎないとみることができる。したがって、当該行為が公序良俗に反する目的を達成するための行為と認定されたならば、九〇条により無効とされることが合理的であり、これを意思を欠く行為として九四条により処理することには疑問が生ずる。

(3) 本件家屋の買主は夫であるとみるべきではないかと考えられるが、判旨では買主は妻であるとされている。本判決の評釈でもこの点は問題とされていない(川添利記・法曹時報六卷一〇号九八頁、柚木馨「判批」民商三二卷一号三〇頁、川本権「判批」民事研修一三号三七頁、川添利記「判批」金法五〇号一〇頁)。しかし、買主が妻だとしても妾には使用貸借との認識がない以上は、九三条により妻と妾との間に贈与が成立するといえるのではなかろうか。

(4) 我妻・前掲注(2)〔三〇六〕、川島・前掲注(2)二三五頁、幾代・前掲注(2)二〇八頁、星野英一『民法概論Ⅰ』(一九七一年、良書普及会)一八八頁、四宮・前掲注(2)二〇七頁、高津幸一『注釈民法』(一九七三年、有斐閣)六四頁、稲本洋之助『民法講義1(有斐閣大学双書)』(一九七六年、有斐閣)一八一頁。

(5) 九〇条違反の法律行為によりなされた給付は、七〇八条の不法原因給付となると解されている(幾代・前掲注(2)二二一頁、稲本・前掲注(4)一七九頁、谷口知平『注釈民法』(一九七六年、有斐閣)六三九頁、加藤一郎『民法講義6(有斐閣大学双書)』(一九七七年、有斐閣)一〇一頁、我妻栄『債権各論下巻』(一九七二年、岩波書店)〔一七一〇〕、松坂佐一『事務管理・不当利得』(一九五七年、有斐閣)八七頁など)。(兩条文の適用範囲が完全に一致するかどうかについては問題とされているが、原則としてはこのようにいえると思われる)。①の判決は、すでに支払われた元金の一部につき、妾への生活費の供与自体は有効であるとした上で生活費の支払いに充当し、返還を要しないとしている。しかし、これらの金銭はすでになされた給付として、七〇八条により処理されれば足りたといえる。また、妾関係維持のための贈与の目的物が不動産である場合には、七〇八条の給付にあたるといえるためには、何をもって給付とする

かにつき問題がある。判決例には、未登記建物につき引渡により給付があったとしたもの（最判昭和四五年一〇月二一日民集二四卷一〇号一五六〇頁）、既登記建物につき引渡により給付があったとはいえないとしたもの（最判昭和四六年一〇月二八日民集二五卷七号一〇六九頁）がある。学説は、登記の完了をもって給付ありとするのが多数である（有泉亨「不法原因給付について」法協五三卷四号六九八頁、我妻栄・有泉亨・四宮和夫『判例コンメンタールVI』（一九六三年、日本評論社）八五頁、松坂佐一「判批」民商六五卷二号三三二頁、三島宗彦「七〇八条適用の要件」谷口知平還暦記念『不当利得・事務管理の研究（2）』（一九七一年、有斐閣）一四頁）。その他の見解として、既登記未登記を問わず、占有引渡をもって給付と解されつつ、登記のみ移転の場合も給付ありとされるもの（我妻・前掲〔一七四九〕、登記、引渡を問わずいづれかがあれば給付ありとされるもの（谷口知平「判批」民商六七卷一号一五一頁）などがある。しかし②の判決では、登記、占有とも妄にあるので、これが七〇八条の給付にあたることは問題ないであろう。

二 債権者の追及を免れるためになされた譲渡行為に関する事例

債務者が、債権者の強制執行を免れる目的で不動産を他に売却した場合に、債務者自身（③大判明治四二年二月二七日民録一五輯一七一頁、④最判昭和三七年六月一二日民集一六卷七号一三〇五頁）または債権者（⑤最判昭和四一年一二月二二日民集二〇卷一〇号二一六八頁）が登記の抹消を請求したという事案において、不動産の売買は虚偽表示によるものであるとした事例がある。

これらの判決では、債権者の追及を免れる目的をもってする譲渡が、虚偽表示によるものであるとされている。学説もこの譲渡を虚偽表示の一場合にとらえている(6)。しかし、この譲渡を虚偽表示によるものと構成することには疑問が生ずる。というのは、およそ通常の感覚を持った人であるならば、何の意思もなく登記名義を他に移転することはないにもかかわらず、譲渡を虚偽表示によるものとして所有権譲渡の意思がないとした場合、それに代わる当事者の意思を見い出すことができないように思われるからである。当事者の意図したところは「預けておく」ことでもない(7)(8)。債権者の追及を免れるためには預けておくだけでは不充分であるからこそ譲渡するのである(9)。すなわち、債権者の追及を免れるためという目的は、譲渡という外形を用いることの選択をすることを意味するにすぎないのであるから、この目的をいったん度外視した上で当事者の意図したところは何かを考えるならば、それが「預けておく」ことだとは思われない。「預けておく」ことだと考えられるのは、所有権譲渡の意思と意思ではないところの債権者の追及を免れるための外形を用いることとが混同され、後者も意思であると考えられるからではないかとの疑問がある。結局、当事者の意思は所有権譲渡の意思であるが、ただ債権者の追及を免れるための外形を用いることと、ことが済んだら返してもらうという条件のゆえに特徴があるにすぎないと考えられる。したがって当事者の意図するところと外形との間に不一致はな

いではなかろうか。従来虚偽表示として構成されてきたのは、債権者の追及を免れるための外形を用いることが所有権の譲渡を否定する意思あるいは返してもらうことについての意思があるというように理解されていたためではないかとの疑問が生ずる。

ただ意図するところと外形とが一致しているとしても、債権者の追及を免れる目的のゆえに、九〇条により譲渡が無効となる場合があろう。そして次には七〇八条の不法原因給付にあたるかが問題となる。もっともこのことは、意図するところと外形が一致していると考えてはじめて問題となるわけではなく、判例上当事者間での登記抹消請求を認めるか否かに関し問題とされてきた点である(10)。当事者間での争いに関する判例の主たる関心はこの点にあったと思われる。判例が、債権者の追及を免れる目的でなされる譲渡を何故虚偽表示によるものと構成してきたのかは、この点から理解することができる。すなわち、刑法九六条の二は、執行免脱の目的をもってする「仮装譲渡」(11)を処罰するが、これは昭和一六年に施行されている。③は、譲渡が虚偽表示にあたるとしつつ、七〇八条の適用を否定した判決であるが、これは、当該譲渡が公序良俗に反するか否かについて明確な基準がなかった時期において、譲渡人の譲受人に対する請求を認めるべきとの判断を前提に、九〇条が適用されしがつて七〇八条が適用されることにより請求が排除される結果となることを避けるため、無効ではあっても直接七〇八条とは結び付かない虚偽表示という構成を採用したものと解することができるのではなかろうか(12)。刑法九六条の二施行後の行為に関する④では、虚偽表示であるとしながらも、公序良俗に反するか否かの判断をさらにしている。九四条を適用することの意義が九〇条に違反するか否かの判断を避けることにあったとするならば、今日では結局九〇条に違反するか否かの判断をするのであるから、もはや、少なくとも当事者間の争いにおいては、九四条を適用する意義はなくなったのではないかという疑問が生ずる(13)(14)。

債権者が、債務者によりなされた譲渡に基づく登記の抹消を請求する場合には、この譲渡を虚偽表示によるものと構成することは合理的なのであろうか。⑤の判決は、債権者が譲受人からの転得者に対し登記の抹消を請求した事例である(15)。この事例では、直接には九四条二項が問題とされているが、あわせて(16)詐害行為取消権が問題とされていることに注目しなければならない。この種の事案においては、債権者は詐害行為の主張とともに虚偽表示の主張をすることが多いと思われるが、それは当該譲渡が有効とされた場合には前者を、無効とされた場合には後者を主張しようとするからである。しかし、このように主張をあわせて行うことの合理性には疑問がある。というのは、債権者は双方を主張することによって共に登記の抹消という効果を得ることを目指しているのであって、双方の主張をする意味は、債権者が詐害行為のみを主張した場合に、虚偽表示＝無効であることを理由に取消しの対象とならないとされることを避けるためにすぎないと思われるからである。これは、詐害行為取消権は虚偽表示の場合にも行使しうるかという問題として論議されている。そして近時の学説(17)は、債権者が詐害行為を主張して取消しを求めるときは、虚偽表示であることを理由としてこれを阻止しえないと説いている。その理由は、両制度

が同一の作用を営む場合であるからだとされている。しかし、根本的には、当該譲渡が虚偽表示によるものと構成される可能性を残していることがこの問題を生じさせている原因ではないかという疑問が生ずる。登記の抹消を認めるべきか否かという具体的な事案の判断においては、これを虚偽表示と構成するか詐害行為と構成するかにより結論に大きな差異が生ずることはないのではなかろうか。⑤は双方の主張のうち虚偽表示の主張につき判断したものであるが、それは第一審においてたまたま虚偽表示として審理するとの認定がなされていたためにすぎないと思われる(18)。

このように、債権者の追及を免れる目的でなされた譲渡は、今日では、九〇条違反か否かという問題となるか、もしくは詐害行為取消権の問題となるものとして処理されるのが合理的なのではないかという疑問が生ずる。

(6) 幾代・前掲注(2)二四六頁、稲本洋之助『注釈民法(3)』(一九七三年、有斐閣)一六二頁、同・前掲注(4)二〇〇頁、星野・前掲注(4)一九四頁、四宮・前掲注(2)一七〇頁注(1)。

(7) 判決③では、当事者の意思は寄託であると認定されている。しかし、後述のように、これは七〇八条の適用を否定し当事者間での登記抹消請求を認めることに主眼があったのではないと思われる。

(8) 有泉教授は「返還の約束がある」といわれ(有泉亨「判批」法協七二巻五号一〇二頁最判昭和二七年三月一八日評釈)、谷口教授は「信じて信託した関係」であるといわれる(谷口知平「判批」民商四八巻三号四二八頁最判昭和三七六年六月一二日評釈)。また、星野教授は、信託的所有権移転の場合と単にしばらく預ってもらうとの合意が存する場合とがあるといわれる(星野英一「判批」法協八一巻五号一三一頁最判昭和三七六年六月一二日評釈)。さらに川井教授は、返還請求権を認める一種の契約としての「合意」を伴っているといわれる(川井健「執行免脱のための仮装売買と七〇八条」谷口知平還暦記念『不当利得・事務管理の研究(1)』(一九七〇年、有斐閣)三〇八頁、同『無効の研究』(一九七九年、一粒社)一一二頁)。これらの見解はいずれも、当事者間での返還請求に関し、七〇八条の適用を否定しまたは七〇八条但書を適用するための論拠として述べられている。七〇八条の問題については後述するが、ここでは当事者間にはかような意思があるかが問題である。しかるに、債権者の追及を免れる目的を当事者が有していることが、所有権譲渡の意思とは切り離された形で返還についての意思があるということを意味するとは解し難いし、また逆に、所有権譲渡の意思と一体化した形で、当事者の意思が所有権譲渡であることを否定してしまう他の意思があるとも解し難い。結局、債権者の追及を免れる目的は、譲渡という外形を選択したこととして、ことが済んだら返してもらうことは、譲渡の条件として構成することとどめざるをえないのではなかろうか。川井教授の見解に対しては、石田(喜)教授が「法律効果を発生させないという法律効果を意欲するなどというのは、ソフィスト的

であろう。」として批判される（石田喜久夫「虚偽表示」『演習民法（総則・物権）』（一九七一年、青林書院新社）一四五頁）。「信託的譲渡」と構成されている事例は、このような所有権譲渡の意思がある場合ではなく、譲渡以外の意思があり、それ故返還についての約束もその意思と一体化したものとしてとらえ得ると思われるが、この点につき後述七参照。

- (9) 預けることによって債権者の追及を免れようとすることは、動産の場合ならば通常のこととして考えられる。すなわち、名目どおりの財産かくしが行われるのである。しかし動産でも、売買の形をとるときは不動産の場合と同じになる。

- (10) 判例については、後掲注(12)、(14)参照。

- (11) 刑法上、刑法九六条の二にいう仮装譲渡とは、真実譲渡する意思がない場合をいい、真実の譲渡の場合には本罪を構成しないとされている（大塚仁『刑法各論下巻』（一九六八年、青林書院新社）六〇三頁）。本文で述べたように、いわゆる「仮装譲渡」は実は真実譲渡の意思がある場合であると解すると、直接的にはないにせよ、刑法上の「仮装譲渡」とは何かが問題になろう。しかし、民法上も公序良俗に反する場合とそうでない場合が生じうるように、刑法上も真実の意思があるかないかという基準以外の基準をもって「仮装譲渡」となる場合を認めることは可能なのではなかろうか。

- (12) ③の判決は、九四条に基づく請求であるから、不当利得を原因とする請求ではないとしている。③の判決に類するものとして次の判決がある。大判明治三二年四月一六日民録五輯八一頁、大判明治三九年一二月二四日民録一二輯一七〇八頁、大判大正七年八月六日民録二四輯一四九四頁、大判大正一〇年一〇月二二日民録二七輯一七四九頁、最判昭和二七年三月一八日民集六卷三号三二五頁、最判昭和四一年七月二八日民集二〇卷六号一二六五頁。最後の二つの判決は、刑法九六条の二施行前の行為に関し施行後に判決が下されたものである。そして昭和四一年判決では、刑法九六条の二施行前の行為であることが七〇八条を適用しない理由とされている。

ただし、本文で述べたような考慮なく、仮装売買であることを理由に七〇八条を適用している判決も存在する（大判明治三二年二月一四日民録五輯五六頁）。しかし、それでは虚偽表示により無効だという意味がなくなるのではなかろうか。

- (13) ④の判決に対する評釈は、当該行為が七〇八条の適用をそもそも受けないと解する立場（星野英一「判批」法協八一巻五号一三〇頁、橋本岑生「判批」法学二九巻一号一一二頁、宮田信夫・法曹時報八号一一七頁）と七〇八条但書の適用があると解する立場（谷口知平「判批」民商四八巻三号四二八頁）とに分かれる。しかし、これらの立場の違いは、当該行為が九〇条に反しないと考えるか否かまでには影響を及ぼしうるが、九四条を適用すべきか否かという点には影響せず、結局九四条は事案の解決にあたって意義を有していないのではないと思われる。

- (14) ④の判決に類するものとして次の判決がある。東京地判昭和三十一年一〇月三日下民集七巻一〇号二八〇〇頁、京都地判昭和四〇年一〇月二日判時四三一号四〇頁（ただ

し、七〇八条は争点となっていない。また、一概に債権者の追及を免れることだけを目的としていたともいえない事例である)。

(15) ⑤の判決に類するものとして次の判決がある。大判昭和六年九月一六日民集一〇巻一〇号八〇六頁、東京高判昭和三年九月六日金法一五三号二〇三頁、東京地判昭和四四年三月二五日金法五四六号三〇頁、東京地判昭和四五年九月二日判時六一九号六六頁。

(16) 本件では、詐害行為取消請求がなされ、予備的に債務者に代位して虚偽表示の主張がなされた。第一審及び原審で前者は認められず、上告審では後者だけが問題となった。前掲注(15)の判決のうち、東京地裁昭和四四年判決、四五年判決は、詐害行為取消請求が予備的になされたものであり、大審院昭和一〇年判決は、詐害行為取消請求において、被告が虚偽表示であるとの抗弁をなしたものである。東京高裁昭和三年判決は、虚偽表示のみが問題とされているようである。

(17) 我妻栄『新訂債権総論』(一九六四年、岩波書店)〔二五五〕、同「判批」判民昭和六年度八二事件(大判昭和六年九月一六日)評釈三四四頁、於保不二雄『債権総論(法律学全集)』(一九五九年、有斐閣)六五頁。篠原弘志『民法の基礎知識(2)』(一九七五年、有斐閣)一〇〇頁では問題の整理がなされている。

(18) 本件評釈のうち、栗山忍・法曹時報一九巻三号一七〇頁(注二)ではこの問題の指摘があるが、立入った議論はなされていない。また、乾昭三「判批」民商五七巻一号一〇〇頁、平井宜雄「判批」法協八五巻一号七三頁の評釈でも、この問題には触れられていない。

三 不動産賃借人を妨害するためになされた行為に関する事例

(イ) 土地および建物所有者が、建物賃借人を立ち退かせるため、建物のみを他に譲渡しておいて、その後土地賃貸借契約の不存在または土地賃借人の賃料不払による土地賃貸借契約の解除を主張して、結果的に建物賃借人に立ち退きを請求したという事案において、建物の譲渡は虚偽表示によるものであるとされたもの(⑥東京地判昭和二六年三月三日下民集二巻三号三三三頁、⑦最判昭和二八年一〇月一日民集七巻一〇号一〇一九頁)と、(ロ) 土地所有者が、土地賃借人を立ち退かせるため、土地賃借人において借地権の登記またはその土地上の建物登記がないことを奇貨として、土地を他に譲渡し、土地譲渡人が土地賃借人に立ち退きを請求したという事案において、土地の譲渡は虚偽表示によるものであるとされたもの(⑧東京地判昭和三年二月一九日法曹新聞一五二号一九頁、⑨東京地判昭和四〇年三月三〇日判ター七五号一三五頁)と、(ハ) 建物所有者が、建物賃借人の立ち退きを求めるための効果的な手段であると考えて、他に建物を譲渡しまたは抵当権を設定したという事案において、譲渡または抵当権の設定は虚偽表示によるものであるとされたもの(⑩東京地判昭和二年七月一四日下民集一卷七号一一〇三頁、⑪最判昭和三年一月二日民集一八巻一〇号二二七頁)がある。

これらの判決では、賃借人を妨害する目的をもってする譲渡または抵当権の設定が虚偽表示によるものであるとされている。しかし、これを虚偽表示と構成することには、前述の一および二の場合同様の疑問が生ずる。というのは、賃借人を妨害するということは、当事者が所有権の譲渡（または抵当権の設定）を否定するないしそれと相容れないことを意図しているということを意味するものではなく、所有権譲渡（または抵当権設定）の外形を用いることにより生ずる結果にすぎないのではないかと思われるからである。外形が賃借人を妨害するための外形として用いられていることが、意思の存否の判断にまで影響を及ぼしているのではなかろうか。しかし、この外形を用いることが当該行為を行うにあたっての決定的な要因であったとしても、それは意思とは区別されるべきものではないかとの疑問が生ずる。

具体的な解決の点からみても、虚偽表示と構成することが合理的であるかについては、次のような疑問がある。すなわち、賃借人を立ち退かせるために利用されたのは、（イ）では、建物賃貸借の効力が土地所有者にとっては間接的事実的なものにすぎないこと、（ロ）では、土地賃借権が対抗力のないものであること、（ハ）では、賃借建物の売買または抵当権設定が賃借人に威圧的效果を与えること、である。これらの問題は、土地建物の譲渡または抵当権設定が真実意図されたか否かによって生ずるものではない。賃借権の対抗力自体に内在している問題である。また、虚偽表示であることの立証ができるのは、証拠がそろった比較的例外的な場合に限られるであろう。したがって、当該行為が真実意図されたものであるか否かによって賃借人の保護を考えるべきではなく、真実意図されたものである場合にも賃借人を保護しうるものとして解決することが必要であると思われる。

（イ）の事例は、土地賃貸借契約の解除が地上建物の賃借人に対抗できるかという問題としてとらえることができる。判例には、合意解除の場合には、特段の事情のない限り建物賃借人に対抗できないとするものがある(19)。しかし賃借人の債務不履行による解除の場合には、ここでの問題と似かよった転貸借関係において基礎たる賃貸借が解除された場合に関し、判例は解除を転借人に対抗できるとしている(20)。しかし、債務不履行による解除と合意解除とは、實際上ほとんど同じ事例といえる場合がある(21)。賃料不払を理由とする解除であっても、当初から当事者がそれを予定していたような場合は、当事者が合意の上で解除がなされたのと異ならないといえることができる(22)。かような場合には、土地賃貸借契約の解除は建物賃借人に対抗しえないと解すれば足り(23)、それを越えて建物の譲渡ないし解除が虚偽表示によるものと構成する必要はないのではないかと思われる。

また、建物は譲渡したが、土地の賃借権は設定されていないことを理由として建物賃借人に立ち退きを請求する場合は(24)、建物の譲渡には土地賃借権の設定も含まれるかという問題として考えることができる。そして、建物を材木として譲渡したというような特別の事情がない限り、建物譲渡には土地の利用権の設定も含まれているものと考えられる。したがって、建物譲渡を虚偽表示によるものと構成する必要はなく、建物賃借人は保護されると解することができる(25)。

(ロ)の事例は、判例における一連の賃借人保護の中の一つの救済方法と位置づけることができる。判例は、対抗要件を具備していない借地人の救済のため、信義則違反ないし権利濫用を理由とする他種々の方法を用いている(26)。このような状況のなかで問題を考えると、虚偽表示による救済は例外的な場合にしか適用できず、かつその立証が困難であると考えられることからして難点があると思われる。一般的に適用できるものとして、信義則違反ないし権利濫用を理由とすることが妥当なのではなかろうか(27)。

(ハ)の事例は、法律的な効果により賃借人を立ち退かせようとするものではなく、事実上賃借人に圧迫を加えようとするものであるから、妨害行為を有効としようとする無効としようとする賃借人にとって不利となるものではなく、虚偽表示と構成する必要はないのではなかろうか(28)。

なお、賃借人妨害の目的でなされた行為といっても、以上の事例とは趣を異にする事例がある。すなわち、(ニ)土地の抵当権者が、土地に短期賃貸借(旧三九五条)が設定され抵当権を妨害されるのを阻止するため、抵当権設定者との間で地上権を設定したという事案において、その設定契約が虚偽表示によるものであるとして設定者の地代請求を認めなかった事例がある(⑫福岡地判昭和四六年三月三十一日判時六四六号八〇頁)。

本件では、土地が実際には一度も使用されたことがないことが、虚偽表示と構成される理由となっている。しかし、実際の使用がないからといって、ただちに地上権設定が意図されていないとはいえない。地上権が取引の対象とされまたは将来において使用されることがありうるからである。してみると、これは、短期賃貸借を阻止し土地の利用につき優先権を確保しておくための地上権設定の予約(あるいは条件付の地上権設定)と解することができる(29)。

このように、賃借人妨害の目的でなされた行為は、当事者の意図したところに基づくものであり、賃借人を妨害するための外形を用いることに特徴があるにすぎないと構成するのが合理的な解決を導くのではないかという疑問が生ずる。

(19) 最判昭和三八年二月二日民集一七卷一号二一九頁。「特段の事情」があるとした判決例としては、最判昭和四一年五月一九日民集二〇卷五号九八九頁がある。

(20) 大判昭和七年九月三〇日新聞三四八〇号一一頁、最判昭和三六年一月二日民集一五卷一十二号三二四三頁。

(21) 星野教授は、転貸借関係における基礎たる賃貸借の解除の場合に関し、このことを指摘される(星野英一『借地・借家法』(一九六九年、有斐閣)三七五頁)。

(22) ⑥の判決はこのような事案と思われる。

(23) 来栖教授は、債務不履行による解除の場合でも、土地賃借人(建物所有者)が土地賃貸人に対し建物買取請求権をもつと解することにより、建物賃借人の保護をはかろうとされる。そして、買取請求権がないのであれば、土地賃貸人が解除するには建物賃借人に催告しなければならないとすべきであろうとされる(来栖三郎『契約法(法

律学全集)』(一九七四年、有斐閣)三八四頁)。また星野教授も、転貸借関係における基礎たる賃貸借の解除に関し、転借人への催告の要を説かれる(星野・前掲注(21)三七六頁)。本文の場合と異なり、合意解除とはいえない場合の解決としては合理的であると思われる。

(24) ⑦の判決はこのような事案である。ただし、⑦では建物賃借人は建物を譲渡人からさらに転得している。

(25) ⑦は、建物賃借人が建物譲受人から建物を転得している事例であるため、建物譲渡を虚偽表示によるものと構成するときは、仮装譲渡人が土地利用権を設定するはずがないにもかかわらず、土地利用権の設定も仮装していないと譲渡を仮装したとはいえないとし、さらに九四条二項を適用するという複雑な構成をとらなければならないとなっている。本件評釈、後藤清「判批」民商三〇巻二号二八頁、長谷部茂吉「判批」判タ三四号四八頁は、通常の建物譲渡の場合とは同じでないことを指摘しつつ、取引の安全の点から判決の構成を支持される。しかし、建物を転得した賃借人を保護するためならば、そもそも虚偽表示という構成をとる必要がないのではなかろうか。

(26) 鈴木禄弥『借地法下巻』(一九七一年、青林書院新社)〔四〇九五〕以下に詳細に述べられている。権利濫用とするもの一最判昭和三八年五月二四日民集一七巻五号六三九頁、最判昭和四三年九月三日民集二二巻九号一八一七頁、最判昭和四四年十一月二一日判時五八三号五六頁。信義則違反とするもの一東京地判昭和三四年二月九日判時一七九号二〇頁、東京地判昭和三四年十一月一六日判時二〇九号一七頁。信託法一条違反とするもの一東京高判昭和三〇年八月三日民集六巻八号一五六一頁。家団論を理由とするもの一東京地判昭和三二年二月六日法曹新聞一一七号一六頁。対抗要件の欠缺を主張しえないとするもの一東京地判昭和三九年一月一八日下民集一五巻一号七頁、大阪地判昭和三九年七月三十一日下民集一五巻七号一八九六頁。星野・前掲注(21)四〇六頁以下、幾代通『注釈民法』(一九六六年、有斐閣)二七九頁以下、来栖・前掲注(23)三八三頁でも判例の整理がなされている。

(27) そもそも土地を買うにあたっては、買主は現地を調査することが通例であると考えられる。その際建物が存在していることは容易にわかるのであり、自分は土地しか買わないのに建物が存在しているということから、借地権の存在を理解すべきなのである。この調査行為は、土地の登記の調査とは異なり、特別な行為を必要とするわけではない。すなわち、借地権の対抗は建物の存在自体で本来充分なはずである。現行法上かような解釈は、建物保護法においても登記が必要とされている以上困難かもしれないが、来栖教授のいわれるように、慣習法を根拠として悪意の土地譲受人を排除する余地はあるのではなかろうか(来栖・前掲書三八三頁参照)。

(28) ⑩の判決の事案は、賃借人を追い出すのに効果的であるとして設定された債権の譲受人と債務者との間の争いに関するものである。そして債権譲受人保護のために九四条二項が適用されている。要物契約につき要物の部分が欠けていても虚偽表示となり

うるかという問題については、後述のように一定の留保が必要であると思われる（後述六iv参照）。本件のような場合は、金銭の授受がないのであるから、要物性（五八七条）の点から契約不成立とするにせよ、消費貸借の予約の成立を認めつつ債権譲受人は貸主としての義務を果していない（金銭を提供していない）とするにせよ、返済の請求は排除されるべきではなかったろうか。

また、⑪の判決では、建物賃借人が建物を転得しているため、⑦のように土地利用権も仮装されたという構成をとっている（前掲注(25)参照）。しかしこのような複雑な構成をとることは不要と思われる。譲渡人は譲受人からの贈与により建物の登記を回復しているが、譲渡人と転得者の関係を対抗関係とすることには、譲渡人は譲受人（第二譲渡人）の前主としての責任を転得者に対して負っていることからして疑問がある。履行義務を果した後の贈与であるとしても、本件譲渡人は背信的悪意者と構成することが可能と思われる。

- (29) 短期賃貸借を阻止することになるのは、地上権設定という外形を用いた結果にすぎないと思われる。また、短期賃貸借の制度が抵当権妨害の手段として濫用されている（我妻栄『新訂担保物権法』（一九六八年、岩波書店）〔五一〕、鈴木禄弥「判批」判タ二四九号七〇頁）ことからして、この結果のゆえに地上権の設定が三九五条の脱法行為であるとか公序良俗に反するとかはいえないと思われる。効果の点でも、地上権の譲受人はこれを有効に取得するとしてさしつかえない（鈴木・前掲七二頁によると、これに反対のようであるが、この者を排除する積極的な必要は見い出されない）し、短期賃借人には地上権設定の効力を主張できてよいと思われる。

また、地上権設定者が土地を使用し続けることを約している場合は、そもそも地上権の本質たる土地の使用権を初めから排除しているので、契約不成立と考えれば足りる。

鈴木教授（前掲）のほか、この問題を扱うものとして、篠塚昭次「判批」判例評論一三八号二七頁、小川善吉「判批」金法五九三号一六頁などがある（東京高判昭和四五年二月九日高民集二三巻一号八頁の評釈である）。これらでは、地上権設定契約が有効であることは認められつつ、譲渡担保の場合と似たものとしてとらえようとされているように思われる。しかし、本文のように構成すれば、そのようにとらえる必要がないのではなかろうか。

四 課税回避または税の軽減をはかるためになされた行為に関する事例

（イ）課税されること自体を避けるため、自己の財産を他に譲渡したという事案において、その譲渡が虚偽表示によるものであるとされたもの（⑬最判昭和四二年一〇月三十一日民集二一卷八号二二三二頁）と、（ロ）税の軽減をはかるため、売買代金を金銭消費貸借としたという事案において、金銭消費貸借は虚偽表示によるものであるとされたもの（⑭東京高判昭和四二年六月二七日訟月一三巻九号一一三三頁）がある。

これらの判決では、課税を回避または軽減しようとしてなされた行為が虚偽表示によるものとされている。しかしこれを虚偽表示と構成することには、前述一、二、三の場合同様の疑問が生ずる。すなわち、課税を回避または軽減するという目的は、当該行為という外形を用いることの選択をすることを意味するにすぎないと思われるからである。当該行為をなすにあたって、実は他の行為をなすことを当事者が合意していると評価できない限り、なされた行為は当事者の意図したところに基づくものであり、両者は一致していると考えられるのではなかろうか。なされた行為の効力は、当事者の意図したところに基づかないという点からではなく、行為をなすにあたって当該外形を用いたことが法律上認められるものといえるか、またその行為には条件が付いているとみられるかといった点から判断されることが合理的ではないかという疑問が生ずる。

この観点から（イ）（ロ）の場合を検討すると、（イ）の事例は、前述二、債権者の追及を免れるためになされる譲渡の場合と同様に理解することができる(30)。すなわち、課税されること自体を避けるということは、当該行為から予想される意思以外の意思を当事者が有しているということを認めさせるものではなく、行為をなすにあたって当該外形を用いることにより生ずる結果にすぎないと考えられる。また、当事者間において、一定時期になったならば譲渡した財産を返還することにつき約束がなされていたという場合であっても、それは、先になされた譲渡を否定するものではなく、譲渡の条件と解すれば足りるのではなかろうか(31)。具体的な事案の解決は、この譲渡が九〇条違反となるかにより、または譲渡の条件に従ってなされれば足りると思われる(32)。（ロ）の事例では、当事者の意図したところは売買であるため、外形としての消費貸借とは一致していないかにみえる。しかしこれを虚偽表示と構成する必要はないと思われる。すなわち、消費貸借の形をとっているが、これは実は売買代金の支払いのための契約だとすることは、外形をどう判断するかという問題にすぎないと考えられるからである。消費貸借は売買代金支払いについての当事者の意図したところを反映した外形で、意図したところと外形との間に不一致はないとすれば足りる(33)。このことは、贈与の意図でありながら売買の形式をとった場合にもいえる。この場合には、実際には代金の支払いを伴わない売買契約である以上、売買契約は贈与という意図を実現する外形として働いているのであり、意図したところと外形との間に不一致はないと考えられる。

このように、課税回避または税の軽減を目的としてなされた行為は、当事者の意図したところに基づくものであり、課税を回避または税が軽減されることになる外形が用いられている点に特徴があるにすぎないと構成できるのではないかという疑問が生ずる。

(30) 動産の場合には、通常名目どおり財産かくしがなされること、およびそれはここで問題にしている場合ではないことも同様である（前掲注(9)参照）。

(31) 譲渡の条件にとどめざるをえないと思われることにつき、前掲注(8)参照。

(32) ⑬の判決では、不動産の譲渡人甲からの第二譲受人丁が、第一譲受人乙に対して登

記移転を、第一譲受人からの転得者丙（第二譲渡前に契約、第二譲受人の仮処分の登記後に登記取得）に対し登記抹消、明渡しを請求している。最高裁は、乙への登記移転は虚偽表示によるもので、丙は九四条二項の第三者であるが、登記の取得が丁の仮処分の登記に遅れているから、丙は丁に対抗しえないとしている。本件評釈も本件を仮装譲渡の事案ととらえている（瀬戸正二・法曹時報二〇卷二号一号一五一頁、松浦馨「判批」民商五八卷六号九〇三頁、青山善充「判批」法協八五卷一〇号一〇五頁、川井・前掲注(8)『無効の研究』一一九頁（原審の名古屋高判昭和四一年九月二七日判時四七二号四八頁評釈））。しかし、乙の丙への譲渡は甲乙間の譲渡の条件に反すると解するか、丙は条件付で取得したと解すれば、仮処分の登記の時期を問題とするまでもなく丁が優先すると解することができよう。

その他課税自体を避けることを目的とした事例として次の判決がある。最判昭和四五年七月二四日民集二四卷七号一一一六頁、東京高判昭和四六年一〇月一九日下民集二二卷九・一〇号一〇四頁。前者は、相続税回避のため父が自己で買入れなどした不動産の登記名義を直接息子としておいたところ、息子が他へ売却してしまったという事案である。最高裁は、登記名義を息子にしておくことにつき息子の承諾がなくとも、父の意思に基づくものである以上九四条二項を類推適用すべきであるとしている。本件評釈でも、九四条二項類推適用の場合の一つの具現化ととらえられている（遠藤浩「判批」民商六八卷三号五一八頁、下森定「判批」判例評論一四五号一五頁、横山長・法曹時報二三卷七号一四九頁、山本進一「判批」ジュリスト四八二号三九頁）。しかし、死因贈与をなすつもりであったと父が主張している本件では、最高裁の理由づけはむしろ、贈与が成立しているとみるべき事由として考慮できたのではなかろうか。後者は、課税回避のため贈与として不動産の登記名義を他に移しておいたところ、売却されてしまったので、贈与者が受贈者に損害賠償を請求したという事案において、贈与は虚偽表示によるものであるが、不法原因給付にはあたらないとして請求を認めたものである（土田哲也「判批」法時四四卷九号一三八頁の評釈がある）。しかし、贈与の条件に反するがゆえの損害賠償と構成することが可能と思われる。

また、東京高判昭和二七年一〇月三十一日高民集五卷一二号五七七頁は、税務署に対し金銭の調達先を明らかにする必要上、金銭消費貸借を締結したという事案において、債権譲受人に九四条二項を適用したものである。金銭授受がない以上、契約不成立、または消費貸借の予約において貸主の義務が果されていないと構成すべきものと思われる（前掲注(25)参照）。

東京高判昭和三〇年一月三〇日下民集六卷一一号二五三二頁は、株式を相続した者が、相続税軽減のため株式を他に分配しておいたところ、分配を受けた者の相続人が株式名義変更を請求したという事案において、株式の分配が虚偽表示によるものであるとして請求を認めなかったものである。名義変更が認められないのは、分配の条件のゆえであると構成することが可能と思われる。

(33) ⑭の判決はかような事例である。本件では、税務署が売買代金であるとして課税してきたのに対し、課税処分の取消請求がなされている。東京高裁は、消費貸借が虚偽表示によるものとしてそれを認めなかった。民法上、この消費貸借契約は、売買代金支払いの形式と判断すればそれで充分であったと思われる。

五 不動産の保全、管理の目的でなされた行為に関する事例

判例上、不動産の保全、管理の目的でなされた譲渡は、(イ) 保護預けのため売買名義で登記を他に移しておいたところ、その不動産に抵当権が設定されたという事案において、売買が虚偽表示によるものであるとされ、名義移転をなした者の登記抹消請求に対し抵当権者に九四条二項が適用されたもの(⑮大判昭和一〇年五月三十一日民集一四卷一四号一二二〇頁)と、(ロ) 寄託の目的で所有名義を移転していたところ、名義移転を受けた者の実印が冒用されさらに他に移転登記がなされてしまったという事案において、本件は信託的譲渡の場合であるとされ、名義移転を受けた者のなす第三者に対する登記抹消請求が認められたもの(⑯大判昭和一二年一二月二八日民集一六卷二四号二〇八二頁)がある。

これらの判決では、不動産の保全、管理を目的としてなされた譲渡が、あるいは虚偽表示と構成され、あるいは信託的譲渡と構成されている。何故このような差異が生じているのであろうか。また、どのように構成することが合理的といえるのであろうか。まず、当事者の意図したところはいかなるものであるかを検討しなければならない。

(i) 当事者の目的は、不動産の保全、管理である。問題は、この目的を所有権譲渡の意思とは異なった相容れない意思と評価できるか否かにある。所有権譲渡という外形を用いることの選択をすることを意味するにすぎないのであるならば、前述一～四の場合のように、意図したところと外形とは一致していると構成すれば足りると思われる。さて、ここでの当事者が目的としたところをもう少し具体的にみるならば、それは、譲渡人による不動産の勝手な処分の可能性を事実上阻止することによって、譲受人による不動産の管理をなさしめようとするものである。所有者の勝手な処分を防止するための制度としては準禁治産(現被保佐人)制度があるが、ここでは、所有者の立場(行為能力)を低下させることなく、その反面、管理を行う者の立場を強化すること(登記名義の取得)によって、事実上準禁治産(現被保佐人)制度類似の効果をしようとしているのである。このような目的は、もはや所有権譲渡ということとは相容れないものであるとみることができるのではなかろうか。すなわち、所有権が譲渡されたという外形は、当事者のこの目的をそのまま反映、実現しているとはいえない。当事者が意図している目的は所有権譲渡ではないにもかかわらず、それを適切に表示する手段がないため、手段において目的の範囲を越えた形式をとっているのである。

(ii) 当事者の意図したところをこのように解するならば、所有権譲渡という外形に見合う意思はないのであるから、この場合を虚偽表示と構成することは率直なとらえ方であると思われる(34)。したがって、この場合を信託的譲渡と構成し、当事者間には、所有権

譲渡の合意のほか、債権的合意があるとして当事者の意思を二本建てでとらえることには疑問が生ずる。信託的譲渡という構成をとることの実質的理由は何であろうか、またそれは虚偽表示という構成をとった場合には解決しえない問題なのであるか。そこで信託的譲渡と構成された事例を検討すると、譲渡人が、譲渡の後日になって所有権が移転していないことを理由に譲受人に対し登記の抹消を請求した事例と(35)、譲受人が、所有権者であることを理由に第三者に対し土地の明渡し(36)または登記の抹消(16はこの事案である)を請求した事例とがある。これらでは、譲渡人の譲受人に対する請求を排除または譲受人の第三者に対する請求を認めるために、譲渡は信託的譲渡であり譲受人は所有権者であるとされているのである。しかし、虚偽表示という構成をとった場合にもかような結論が導きえないかについては疑問がある。というのは、虚偽表示と構成しても、譲渡の当事者間では不動産の保全、管理をなすという合意が存在しているわけであるから、譲渡人からの登記抹消請求もこの合意に従って判断されることになるであろうからである(37)。ただ虚偽表示と構成することにより、移転した登記が無効とされるおそれがある。信託的譲渡という構成をとり所有権は譲受人にあるとするのは、この点を考慮したためであると思われる。しかし当事者の意図したところが不動産の保全、管理であるとしても、それと所有権譲渡という外形は当事者間では全く無関係なものと意識されているのではない。したがって、この意図と無関係に登記の抹消を認め、結果としてこの意図すらも存在しなかったと同様の効果を生ぜしめることは不合理であると思われる。また、譲受人の第三者に対する請求は、それが不動産の保全、管理という目的の範囲内のものである限り、譲受人が所有者であるとの構成をとるまでもなく認められるのではなかろうか(38)(39)。

結局、不動産の保全、管理を目的としてなされた譲渡は、虚偽表示によるものと構成しつつ、当事者の意図したところを当事者間での登記抹消請求、譲受人の第三者に対する請求において尊重し、意図にかなうものであるか否かに応じて判断することが合理的ではないかという疑問が生ずる(40)(41)。

- (34) ⑮の判決に類するものとして次の判決がある。浪費癖による不動産処分の防止のため一東京控判大正元年月日不明新聞八二九号一九頁、大阪地判大正三年四月八日新聞九四三号二六頁、大判大正一五年九月一七日新聞二六二七号九頁、大判昭和六年六月九日民集一〇卷八号四七〇頁。事業失敗によって財産を喪失してしまうのを予め防止するため一大判昭和一六年八月三〇日新聞四七七七号一五頁、最判昭和二九年二月二日民集八卷二号三五〇頁。贈与にあたり将来受贈者の夫となる者に対する不安のため他に登記名義を移しておいた場合一最判昭和二八年六月一二日民集七卷六号六四九頁。他から強喝されるのを防止するため一最判昭和四七年十一月二八日民集二六卷九号一七一五頁。このうち、大阪地判大正三年四月八日は、譲受人の相続人が譲受人の法定推定相続人に対し後者がなした処分による損害賠償を請求した事例であり、大判昭和一六年八月三〇日は、当事者間での登記抹消請求の事例である。その他は、九四条二

項が問題となった事例である。

⑮の判決は、九四条二項の第三者は登記を要するかという問題に関する判決としてとらえられている（吾妻光俊「判批」判民昭和一〇年度七三事件評釈三〇八頁、舟橋諄一「判批」民商三卷一号一三九頁、矢部克己「判批」法学新報四五卷一二号一八一頁、田島順「判批」法学論叢三三卷六号一五〇頁、川井健「判批」判例評論一〇二号一四頁、幾代通「判批」民事研修一三二号二九頁）。そして第三者は登記を要しないとするこの判決の先例的価値には疑問がもたれている（前掲、吾妻、舟橋、田島、川井、幾代）。

なお、大判昭和六年六月九日では要物契約が問題となり、最判昭和四七年十一月二十八日では九四条二項、一一〇条の類推適用が問題となっている。これらの問題については後に検討する（それぞれ後述六iv、後掲注(65)参照）。

- (35) 東京控判大正四年二月一日法律学説判例評論全集四卷民法一五八頁、大判大正一三年一〇月二〇日新聞二三三一号一九頁。
- (36) 大判大正九年四月一九日民録二六輯五四二頁（土地の不法占拠者に対する明渡請求）。
- (37) 前掲注(34)で掲げた大判昭和一六年八月三〇日では、所有権移転の意思がないとして虚偽表示とされ、登記の抹消請求が認められている。しかしこれは、譲受人が信託的譲渡による所有権の内外部共移転の主張をなしたのに答えたものと解することができる。
- (38) ⑮の判決は、信託的譲渡という構成をとりながら、譲受人のなす第三者に対する請求を、所有権を根拠とせず寄託関係上の義務を根拠として認めている。判決がいうように、所有権の所在がいずれにあるかは訴訟の勝敗に関係がないことを示していると思われる。本件は、評釈では、登記抹消請求をすることができるのはいかなる者かという問題に関する判決として扱われている（我妻栄「判批」判民昭和一二年度一四四事件評釈五二二頁、平野義太郎「判批」民商七卷六号一二二頁、浅井清信「判批」法と経済九卷六号一一四頁）。とくに我妻評釈では、登記請求を契約上の義務を根拠として認めることに対しては、本件では義務は完全に履行されていることを理由に批判的である（我妻・前掲五二五頁）。しかし一般的な事案を考えた場合には、譲受人は不動産の保全、管理につき義務だけでなく権利も有していると考えるべきではなかろうか。そして管理者としての権限により第三者に対する請求をなすことが可能ではなかろうか。
- (39) 大判大正八年一二月三日民録二五輯二一九頁は、建物譲受人からの転得者が譲渡人に対して建物の明渡しを請求した事例である。大審院は、信託的譲渡であるか虚偽表示であるかによって結論が異なる（虚偽表示で、転得者が悪意ならば請求は認められない）として破毀差戻の判決をしている。しかし、従来信託的譲渡と構成されてきた譲渡担保においても、最近ではこの構成に対する疑問とともに、悪意の第三取得者を

保護すべきではないとの主張が有力となりつつあり、この点から信託的譲渡と虚偽表示を区別しなければならない理由は見い出されない（後述七（i）参照）。

- (40) 川島武宜・前掲注(2)二七四頁では、信託的譲渡は権利者名義を得た者が何らかの権利行使をする場合であるとされ、稲本・前掲注(6)一六三頁では、信託的行為であるためには譲受人が何らかの管理行為を行うことが必要とされている。これらからすると、不動産の占有がいずれにあるかが一つの重要なファクターになると思われるが、判決では不明なものが多く、また裁判所はこのことを意識せず当事者の意思解釈のみを行っているようである。不動産について占有が権利行使および管理に関し決定的な基準となるとは思われないが、将来検討しなければならない疑問として銘記しておく。
- (41) 判例は、共有入会権についての登記方法がないため部落の代表者名義で所有権の登記をしておいたところ、その名義人が第三者へ売却してしまったといった事案に関しては、一貫して虚偽表示と構成せず、九四条二項も適用していない（名古屋高判昭和四二年一月二七下民集一八卷一・二号七三頁、最判昭和四三年十一月一五日判時五四四号三三頁、岐阜地大垣支判昭和四四年十一月一七下民集二〇卷一・一・一・二八三〇頁およびその控訴審名古屋高判昭和四六年十一月三〇日判時六五八号四二頁）。入会権は登記なくして対抗できると解されており（判例・多数説である。大判大正一〇年十一月二八日民録二七輯二〇四五頁、我妻栄『物権法』（一九五二年、岩波書店）〔五二五〕、舟橋諄一『物権法（法律学全集）』（一九六七年、有斐閣）四五九頁、山田卓生『注釈民法』（一九六七年、有斐閣）一六八頁）、その趣旨からするならば、入会権は登記と無関係といえよう（中尾英俊「入会地の登記をめぐる諸問題」香川保一編『不動産登記の諸問題上巻』（一九七四年、帝国判例法規）五二〇頁）。九四条二項を適用することは、この入会権保護の考え方に反するものであろうから、判例が正当であると思われる。

六 権利名義人が一定の行為をなすことを可能にするために不動産の登記名義を移転しまたは債権を設定、譲渡する行為に関する事例

（イ）譲渡人のために譲受人に一定の行為をさせる目的で不動産の登記名義を移転したという事案において、譲渡が虚偽表示によるものであるとされたもの（⑰最判昭和三五年二月二日民集一四卷一号三六頁(42)）と、債権取立ての目的で債権を譲渡した事案において、譲渡が信託的譲渡であるとされたもの（⑱大判明治四一年一二月七日民録一四輯一二六八頁(43)）がある。また、（ロ）不動産譲受人または債権者となる者のためにこれらの者に信用を与える目的で登記名義を移転しまたは債権を設定したという事案において、不動産の譲渡または債権の設定が虚偽表示によるものであるとされたもの（⑲最判昭和四三年一月一七日民集二二卷一〇号二一八八頁（ただし、九四条二項、一一〇条の類推適用の事例である(44)）、⑳大判昭和九年五月二五日民集一三卷一〇号八二九頁(45)）と、不動産の譲渡が信託的譲渡であるとされたもの（㉑東京高判昭和三年二月二〇日東高民時報八卷二

号四七頁(46)) がある。

これらの判決では、ある者に不動産所有者または債権者としての名義を与えることにより、その者にある行為を依頼しまたはその者に対外的な信用を付与する目的でなされた行為が、虚偽表示によるものであるとされまたは信託的譲渡であるとされている。前述五の場合と同じように、何が当事者の意図したところであるかをまず検討する。

(i) 当事者の目的は、権利名義人が一定の行為をなすことを可能にすることである。すなわち、権利名義人において一定の行為をなさしめることの依頼または権利名義人がなす一定の行為について保証を与えることである。これらのための制度としては、代理、委任または保証契約があるが、ここでは、それらよりも實際上、より活動しやすくさせようとする意図がある。この目的は、所有権、債権の譲渡または債権の設定という外形において、そのまま反映、実現されているとはいえない。この目的はこれらの外形がそのままの効力を生じた場合に結果として達成されるものとは解し難いのである。当事者の意図したところを適切に表示する手段がないため、手段において意図したところの範囲を越えた形式を利用しているのである。外形に見合うだけの意思は存在していないのであるから、これを虚偽表示と構成することは適切であろう。

(ii) ただ、当事者の意図するところをこのように理解するならば、次のような疑問が生ずる。すなわち、当事者が当初予定していたままの行為が権利名義人によりなされたときは、表示された外形は当事者の意図するところを実現するものとして働いたのであるから、外形を無効とする必要はないのではなかろうか。たとえば、不動産に担保権を設定してもよいとして登記名義が移転されたところ、その不動産に抵当権が設定されたという場合がそれである(47)。この場合、登記名義の移転を有効と考えるのと無効と考えるのとで異なった効果が生ずるのは、当事者間での登記の抹消請求を認めるか否かという点と悪意の第三者を保護するか否かという点である。そして、当事者間ではその意図するところに従い、登記の抹消請求は、当初の目的が達成され、もはや登記名義を移転しておく意義がなくなった後または権利名義人がその目的に反し、目的の範囲を越える行為をなした場合(48)にのみ認められるとするのが合理的であろう。また、悪意の第三者といっても、結果として当事者の目的がそのまま達成されているならば、この第三者を保護しない理由はなく、逆に保護しないことは、当事者が当初何も意図していなかったかのような効果を認めるものであり、不合理である(49)。したがって、権利名義人がなした行為が当事者の目的の範囲内にある場合には、その行為は有効であり、表示されている外形もそのまま有効として扱うことが合理的ではなかろうか(50)(51)。

(iii) このように考えると、信託的譲渡という構成をとる必要があるのかが疑問となる。というのは、信託的譲渡という構成をとった判決の事案を検討すると、それは、当事者間で当初予定されていた行為が権利名義人によりなされた場合に関するもの(52) (18) または当事者の目的を越える行為がなされた場合であっても当事者間の争いに関するもの () であるからである。これらでは、権利名義人のもとにおける権利名義の有効性をいうため、

または当事者間の請求が当事者間でなされた合意の約旨に従って判断されることをいうために信託的譲渡であって虚偽表示ではないとされている。しかし、虚偽表示と構成した場合にも、当事者の目的がそのまま達成されているときは外形を有効とすることおよび当事者間の関係はその意図するところによって律されることが合理的であるとするならば、信託的譲渡という構成は、虚偽表示においてとくにこれらのことをいうために必要とされた構成であったのではないかという疑問が生ずる。すなわち、ここで信託的譲渡という構成により得られた具体的な結論は、虚偽表示という構成をとりつつ生かされるべきものではなかろうか(53)(54)。

(iv) 要物契約において、要物の部分がまったく実現されていない場合（たとえば、金銭の寄託契約において、預金証書だけが作成交付され、金銭については何らの移動もない場合）にも虚偽表示と構成することができるか(55)、それとも物の授受がない以上仮装の外形行為があるとはいえない(56)のであろうか。物の授受がない場合にも九四条二項により債権譲受人を保護することは、民法上の指名債権の証書にすぎないものに手形に対するような無因性までも与えてしまうのではないかとこの疑問が生ずる(57)。第三者保護の観点だけからこの問題をとらえ、善意者は保護されるべきであるとだけいうのでは、この疑問に答ええないであろう。

この問題も、債権を設定した当事者の意図したところは何かという観点から考察するべきではなかろうか。すなわち、ここで問題としている事例のように、債権者となる者に信用を付けさせる目的で債権証書が作成交付されている場合には、この証書は、信用を付与するという範囲内においてはああるが、信用を付与するための外形として働いているのであり、要物性の議論と切り離して考えることができる。逆に、当事者間にこのような意図が存在しない場合すなわち債権設定の意思だけが存在する場合(58)には、要物の部分が実現されていない以上、債権は成立していないと考えられる。

信用を付けさせるために債権を設定する場合、当事者の通常の意図としてはその債権が譲渡されることまで予定しているとはいえないであろう。したがって、債権譲受人は、九四条二項の範囲内で保護されるとするのが合理的であろう(59)。しかし、債務者が、債務額を支払うべき者に対し債務を負っていることを通知したような場合は、当事者間には支払いについてまで債務者となる者が行うことの合意があるとみられるから、支払いを受けるべき者は善意悪意に関係なく保護されるべきではなかろうか(60)。この場合は、当事者が当初予定した目的がそのまま実現されているといえるからである。

(v) ここで扱っている事例に属するものとして、判例上、九四条二項が類推適用されている事例がある。それは、当事者のうち権利名義人だけが登記または登録上に現われており、他方は一度も現われていない場合である。たとえば、不動産の買入を依頼し、被依頼者名義で登記することを許していたところ、被依頼者がさらに他に売却してしまったという場合がそうである(61)。しかし、当事者の意図としたところは何かという面から考えると、登記名義は、依頼人と被依頼人間の合意の内容により被依頼人になっているのであ

り、虚偽表示の関係がこれらの者の間にあるといえるのではないかという疑問が生ずる(62)(63)(64)(65)。

結局、権利名義人となる者が一定の行為をなすことを可能にするためになされる権利の設定または譲渡に関する事例は、虚偽表示と構成されることが合理的であろうが、そういえるためには、表示された外形は当事者の意図するところと無関係のものではなく、一定程度まではその意図を実現するものとして働いていることを考慮した構成をとる必要があるのではないかという疑問が生ずる。

- (42) ⑰は、債務者が担保を提供する必要上登記名義を他に移転し、その者が抵当権を債権者に設定した事例である。これに類するものとして、東京地判昭和四〇年三月一六日下民集一六卷三号四五〇頁、最判昭和四五年六月二日民集二四卷六号四六五頁、最判昭和五二年一二月八日判時八七九号七〇頁（いずれも九四条二項、一一〇条の類推適用の事例）がある。その他、指定する者に対し登記手続をなすことを依頼した事例一大判明治四三年十一月一日刑録一六輯一八二一頁、大判昭和二年四月八日法律学説判例評論全集一六卷民法七四八頁、納税の便宜を目的とする事例一大判大正一五年九月九日法律学説判例評論全集一六卷民法七四五頁、最判昭和四八年六月二八日民集二七卷六号七二四頁（九四条二項類推適用）、不動産の買入れを依頼し、被依頼人名義で登記することを許していた事例一最判昭和三七九年九月一四日民集一六卷九号一九三五頁、大阪高判昭和四二年一月二三日判時四九〇号五六頁（ともに九四条二項類推適用）。
- (43) ⑱は、債権譲渡人が債権譲渡の虚偽表示による無効を主張して債務者に対し貸金請求をなしたという事案において、債権譲渡は信託行為であり有効であるとした事例である。その他、債権譲受人が債務者に対して貸金請求をなした事例として、大判大正五年五月一八日民録二二輯九九四頁、大判昭和一四年八月五日法学九卷一号八六頁がある。
- (44) ⑲は不動産の譲渡に関するものである。これに類するものとして、東京高判昭和二八年一月一八日下民集四卷一一号一七一五頁（電話加入権の譲渡）、東京高判昭和四〇年六月一七日東高民時報一六卷六号一二〇頁、最判昭和四五年四月一六日民集二四卷四号二六六頁（最後の二判決はともに九四条二項類推適用）がある。
- (45) ⑳は債権設定に関するものである。これに類するものとして、大判大正三年一一月二〇日民録二〇輯九六三頁、大判大正四年七月一〇日民六二一輯一一一一頁、大判大正一四年三月二六日新聞二四〇七号一七頁、東京高判昭和五〇年一〇月六日判タ三三六号二二八頁がある。
- (46) ㉑は、建物を担保に差入れない等の約束をして譲渡しておいたところ、譲受人が他に譲受してしまったので、譲渡人が譲受人に損害賠償を請求したという事案において、譲渡を信託的譲渡と構成した上で、約旨違反として請求を認めた事例である。
- (47) ㉒はかような事例である。

- (48) 権利名義人自身がかような行為をなしたのではない場合でも、結果的にそうなる場合がある。たとえば、権利名義人の一般債権者からの差押えがそうである。
- (49) 大判明治四三年十一月一日（前掲注(42)参照）が、不動産の譲渡が虚偽表示によるものであることおよび譲受人に対する抵当権者が悪意であることを認めつつ、譲渡人が抵当権設定を了知しているとして抵当権の有効性を認めているのは、この意味に解することができるのではなかろうか。また、⑰および東京地判昭和四〇年三月一六日（前掲注(42)参照）は、担保提供事務を依頼しそのまま担保権が設定された事例であるから、第三者たる担保権者に善意を要求することは合理的でないと思われる。⑰の解説、評釈である三淵乾太郎・法曹時報一二巻四号六六頁、谷田具三郎「判批」民商四二巻六号八七頁、村上淳一「判批」法協七八巻二号九二頁では、九四条二項の善意の主張、立証責任が問題とされているが、当事者の意図の実現という観点から抵当権設定の効力自体を問題とする余地があったのではなかろうか。
- (50) 次の判決は、このような意味から外形をそのまま有効としているといえるのではなかろうか。京都地判昭和三八年九月三〇日訟月九卷一〇号一一八二頁一担保提供の必要から他に不動産の登記名義を移し、予定どおり担保権が設定されたが、国が譲渡人に対する租税債権保全のためそれらの登記抹消を請求した事案において、譲渡人において現実に融資を受けてその目的を達していることを理由に、意思と表示が不一致と断定できないとし登記を有効としている。最判昭和二十四年六月四日民集三巻七号二三五頁一いわゆる資格株の譲渡を受けて取締役になった者が、競業禁止義務違反の取引をなしたのに対し、会社が介入権を行使した（取引の後日に資格株は返還されている）という事案において、資格株の譲渡は仮装の株式譲渡であるとの取締役の主張を退けている。なお、後者には評釈がある（矢沢澤惇「判批」判民昭和二二・二三・二四年度二〇事件評釈八六頁、小橋一郎「判批」民商二七巻三号五六頁、本間輝雄「判批」法学一五巻四号一〇四頁）。矢沢評釈では、本件株式譲渡は解除条件付の株式譲渡であるとされている（小橋、本間評釈でも簡単にではあるが、譲渡を仮装とはいえないとされている）。しかしそれは、当初の目的がそのまま達成されている場合であって、株主としての取締役になること以外の権限が行使された場合ではないのでそのようにもいえるということなのではなかろうか。
- (51) 権利名義人がなした行為が当事者の目的の範囲を越える場合には、第三者については善意の第三者だけを保護すれば足りると思われる。というのは目的の範囲を越える行為はその部分において無効と考えられるから、悪意者を保護しても当事者の意図したところを何ら達成することにはならないからである。大判大正一四年三月二六日（前掲注（45）参照）が、債権証書に関し、実際よりも超過している債権額について虚偽表示であるとしているのはこの意味に理解することができよう。

なお、東京控判昭和一五年十一月二〇日新聞四六九二号六頁も、実際より多額の債権証書に関し、超過部分について虚偽表示であるとしている。しかし本件は、債権者

が利息を天引きした上で金銭を貸し与えたため債権証書の額とくい違いを生じた事例であり、虚偽表示の事例ではなかったと思われる。

(52) その他、前掲注(43)の判決例がこの場合である。

(53) 債権取立てのための債権譲渡 (⑱の場合) は、学説上もこれを虚偽表示ではないとすることで一致している (我妻・前掲注(2) [三一三]、川島・前掲注(2)二七四頁、松坂佐一『民法提要総則 [第三版]』(一九七四年、有斐閣) 二二二頁、幾代・前掲注(2)二四八頁、稲本・前掲注(6)一五九頁、同・前掲注(4)一九九頁)。しかし、具体的結論においていかなる差異が生じ、かつそれが合理的かという点は明確でないように思われる。

なお、我妻・前掲注(17) [七七八] 以下では、信託的譲渡である型以外に、取立権だけを授与する型が例外的にはあるとされている。両者の差異は、債権がなお譲渡人に帰属するか否かにあるようである。しかし、後述の (七以下参照) 譲渡担保において、所有権の内外部共移転か外部的にのみ移転かという議論が今日では無用とされ、実質関係たる担保的機能が着目される傾向が高まっていることからすると、ここでもこの二つの型は、取立てを依頼した者と依頼された者との実際の合意の内容の程度差の問題にすぎないのではないかという疑問が残る。

(54) 大判大正一五年九月九日 (前掲注(42)参照) では、信託的譲渡の場合ならば権利名義人からさらに譲り受けた者が悪意であっても保護されるという趣旨から、信託的譲渡と虚偽表示とが区別されている (ただし、いずれかが明確でないとしての破毀差戻の判決である。)。しかし、後述 (七 (i)) のように、最近では譲渡担保の場合にも、第三取得者には九四条二項を類推適用して善意を要求する傾向がみられる。この点も、両者を区別することに疑問を生じさせるものである。

また、信託的譲渡という構成をとり、譲渡の意思があるとしたのでは、実体をうまく説明できないのではないかと思われる事例がある。大阪高判昭和四一年四月二六日金法四四〇号一三頁では、貸付金担保のため同一の債権につき銀行に弁済受領の委託と債権譲渡がなされ、銀行は債権額を受領したが、その際債務者との間でかわした特約の効力が問題となった。債務者の特約の主張に対し、銀行は、債権譲渡は仮装で代理受領権付与が真実であるから、特約は代理人たる銀行を拘束しないと抗弁した。判決では、二つの方法をとっているのは銀行事務を入念にするためのものにすぎないから、一方を仮装、他方を真実というようには認められないとされている。取立てのための債権譲渡 (ここでは貸付金担保のためになされている) を信託的譲渡と考えても、この譲渡の意思と代理受領における譲渡の意思がないことを統一的に説明することは困難であろう。債権担保の目的での代理受領権の付与が、債権質類似の効力の発生を目的とした無名契約である (大阪高判昭和四三年三月二二日判時五三一号三一頁) とされたり、代理受領に承認を与えていた債務者が直接債権者に弁済してしまった場合に、債務者に不法行為責任を認めたり (最判昭和四四年三月四日民集二三卷三号五六一頁) して、当事者の目的に着目した解決がはかられるようになってきている (甲斐

道太郎「代理受領」金法六〇六号一八頁、中馬義直「質権と代理受領とでは、どのような異同があるか」『民法学3』（一九七六年、有斐閣）四五頁参照）ことを考え合わせると、本件債権譲渡と代理受領は、ともに債権担保という意図を実現するために利用された形式にすぎない、従って虚偽表示であるとして統一的にとらえられる必要があるのではなかろうか。代理受領者が債権者に優先して債務者から弁済を受けることができる効力を認めるべきかについては、これを否定する見解が一般的であるように思われる（甲斐・前掲二二頁、中馬・前掲五五頁参照。また、前掲大阪高裁昭和四三年判決も、この効力は認めていない）。しかしこれは、代理受領が法律上は当事者により意図されたものであるとしながら、事実上担保的機能を果していると考え、当事者の意図するところを法律的構成において生かしていないことによるのではなかろうか。代理受領は、非典型担保の一場合として位置づけられるべきではないかと思われる。

(55) 前掲注(45)の判決のうち、⑩以外がこのようにいう。ただし、東京高判昭和五〇年一〇月六日は、債権自体は発生しており、その債権者が誰であるかについて問題となった事例である。なお、大判大正三年三月一六日民録二〇輯二一〇頁も、預金がないのに作成された預金証書は虚偽表示によるもので無効であるとしている。しかし本件は、将来予定されていた預金とその後の事情によりなされなくなったという事案であるから、条件不成就の事例とみるべきであろう。

(56) ⑩の判決は、要物の部分について一度は実演してみせる必要があるという。

(57) 学説では、柚木馨『判例民法総論下巻』（一九五二年、有斐閣）一一二頁以下が、物の授受がない場合にも虚偽表示と構成することに反対される。

(58) 前述三の場合の⑩の事例、東京地判昭和二五年七月一四日（前掲注(28)参照）、および四の場合の東京高判昭和二七年一〇月三十一日（前掲注(32)参照）がこの場合であると思われる。

(59) したがって、前掲注(55)の判決が九四条二項を適用していることは合理的と思われる。また前述五の場合の大判昭和六年六月九日（前掲注(34)参照）もこのようなことがいえるであろう。吾妻評釈（判民昭和六年度四八事件評釈二〇二頁）では、第三者の信頼保護の観点が強調されているが、本文で述べたように当事者の意図したところも合わせて考慮すべきではなかろうか。

(60) ⑩はこのような事例であるといえよう。我妻評釈（判民昭和九年度六七事件評釈二〇五頁以下）では、本件における支払いを受けるべき者は九四条二項の第三者ではないとされつつ、通知をなした者は善意の通知受領者に対し無因の債務を負担するという理論を構成する必要がある旨が述べられている。その他にも本件で九四条二項を適用することには、新たな法律関係に入った者とはいえないとして批判がある（幾代・前掲注(2)二五四頁、川島・前掲注(2)二七九頁）。しかし、本件を当事者の目的どおりに進行した場合ととらえると、九四条二項を問題とするまでもなかったのではないかと思われる。

- (61) 最判昭和三七年九月一四日、大阪高判昭和四二年一月二三日（前掲注(42)参照）。
- (62) 最判昭和三七年九月一四日の解説、評釈（真船孝允・法曹時報一五卷三号一〇四頁、舟橋諄一「判批」民商四八卷六号九二八頁、星野英一「判批」法協八一卷五号一三二頁、乾昭三「判批」法時三五卷七号八一頁）は、これを類推適用の事例として扱う。しかし、被依頼者名義で購入することを認めていることが当事者の意図したところであり、それが被依頼人名義での登記という外形で表示されていると解することができるのではなかろうか。
- (63) 登記名義について依頼者が被依頼者になす請求は、これらの者の間の合意に基づく請求となるべきであるから、登記抹消請求ではなく、登記移転請求であろう。前掲注(61)の事例では、登記移転請求がなされている。一般にこの場合、その登記原因を「真正なる登記名義の回復」として扱うように（桜井正三郎「真正なる登記名義の回復の登記」香川保一編『不動産登記の諸問題上巻』（一九七四年、帝国判例法規）五三五頁参照）移転請求は便宜上の理由から認められているように思われる。しかしこの場合は、いったん登記が抹消され、次いで売主から移転登記をなすという手続きを省略したものではないかといえる実質的な理由があるのではないだろうか。
- (64) 大判明治四二年一月二六日民録一五輯二八頁は、不動産の買入れにあたり他人名義で登記したという事案において九四条二項が適用された事例であるが、当事者の目的が不明確であるので本文では取り上げなかった。
- (65) 九四条二項の類推適用に関してはその他にも問題がある。すなわち、当事者間で作出することにつき合意された外形の範囲を越える外形が、権利名義人により勝手に作出された場合（たとえば、仮登記だけをしておくつもりでいたところ、本登記までしてしまった場合）には、判例は九四条二項、一一〇条を類推適用している（東京地判昭和四〇年三月一六日、最判昭和四五年六月二日（前掲注(42)参照）、最判昭和四三年一〇月一七日（¹⁹の判決））。前述五の場合の最判昭和四七年一月二八日（前掲注(34)参照）もこれにあたる。しかしこの場合は、意図したところを越える外形を作出し意図したところを実現するためにその外形を利用するといった場合ではなく、作出された外形はもはや当事者の意図したところおよび当初予定した外形とは異質のものであるから、第三者の保護は一一〇条の類推適用といった表見法理によるべきであり、かつ具体的解決としてもそれで足りるのではなかろうか。前記判例の評釈のうち、川井健「判批」民商六四卷三号四八一頁（最判昭和四五年六月二日評釈）は、虚偽表示という構成以外に、一一〇条・一〇九条の類推適用という構成がありうることを指摘されている。また、高森八四郎『判例コンメンタール3 民法I』（一九八三年、三省堂）一六四頁は、この場合につき、真意（表示意思のことか？）に基づいてなされている場合ではないとして、判例が九四条二項の類推適用を拡大していくことに疑問を述べられている。

七 譲渡担保に関する事例

(i) 譲渡担保が虚偽表示ではないとすることには異論がないようである(66)。学説上、譲渡担保と虚偽表示とを区別する基準と考えられているのは、次のことによる。虚偽表示は、表示から推断される意思が存在しない場合であり、譲渡担保は、信託的行為であって、意思表示の法律的效果とこれによって達成しようとする経済的目的とが矛盾しているにすぎない場合である、と(67)。すなわち、虚偽表示では意思と表示が一致していないのに対し、譲渡担保では意思と表示は一致しているが、法律行為の効果とそれにより達成しようとした経済的目的が一致しないというのである。

しかしこのような説明の仕方には疑問が生ずる。というのは、虚偽表示においても当事者は、その表示をなそうとする「意思」は有しているものであり、ただその表示を他の目的のために利用しようとしているにすぎないといえるからである。また、譲渡担保においても、意思とは別の経済的目的があるとされているが、これこそが表示によりある効果を得ようとした「意思」であるともみられる。結局、両者の説明では「意思」のとらえ方に違いがあり、虚偽表示では、当事者が表示をなすに至った実際の目的が、譲渡担保では、表示をなすこと自体について当事者間に存する合意が、意思であるにとらえられているため、両者は異なったものであるとされている(68)のではないと思われる。

譲渡担保の法的構成の点からみても、これを虚偽表示と区別することに対して疑問が生ずる。譲渡担保の法的構成には、大別して、所有権移転構成と担保権的構成がある。前者はいわゆる信託的譲渡説(69)であり、目的物の所有権が債権者に移転する点をもって虚偽表示との区別のメルクマールとする。ところが最近では、仮登記担保に関する判例理論の進展(70)とともに、譲渡担保に関してもその担保的側面を重視して構成する見解が有力となってきている。担保権的構成は、論者によってその構成の仕方が異なっており、細部についていまだ一致をみるに至ってはいないが、信託的譲渡説と大きく異なるのが表示どおりに所有権が債権者に移転するとは考えない点である(71)。このような立場に立つ限り、当事者の意図するところは債権の担保であり、それと表示とは一致していないといわざるをえないのではなかろうか(72)。

具体的効果の点においても疑問がある。すなわち、従来両者の効果の違いとして指摘されてきたのは、悪意の第三者との関係であった(73)。しかし最近では、譲渡担保の場合にも、九四条二項を類推適用して、悪意の第三者には担保の関係であることを主張できるとすべきではないかとの主張が、担保権的構成をとる立場から指摘されるに至っている(74)。

このようにみてくると、譲渡担保の法的構成は、虚偽表示ではないとされていたのが、現在ではまたその効果の面から虚偽表示類似の構成に移り変わりつつあるように思われる。したがって、判例が何故譲渡担保は虚偽表示ではないとしたのか、その実質的理由は何であったのかについて検討することが必要である。

(ii) 譲渡担保を虚偽表示とする判決は、明治末期から大正初期にかけてみられる(75)。しかしそれらは、次の判決によりとって代わられるに至った(②大判明治四五年七月八日

民録一八輯六九一頁(76)、②大判大正五年七月一二日民録二二輯一三七四頁、④大判大正五年一〇月一〇日新聞一一八二号三〇頁)。

これらの判決は、譲渡担保が虚偽表示ではないという理論を判例が確立していく過程における先駆者的な役割を果たしたものと考えられているようである(77)。しかし、事案を検討すると、これらが虚偽表示と譲渡担保を区別したその実質的な理由は、虚偽表示と構成したとしても考慮されるべきことであつたのではないかという疑問が生ずる。②③は、債権者が、売買契約と同時に締結されていた賃貸借の終了を理由に不動産の明渡しを請求した事例であり、④は(78)、債務者が、債務を弁済していないにもかかわらず、売買名義でなされた登記の抹消を請求した事例である。これらは当事者間の争いであるから、譲渡担保を法的にどのように構成するにしても、当事者間における債権担保についての合意は尊重されるべきである。すなわち、当事者間の請求は、担保であることに関する請求(債務者からの弁済による登記抹消請求、債権者からの弁済期徒過による明渡し請求)ならば認められてよいが、売買契約をなす意思がないことのみを理由とする請求は認められないとするのが合理的であろう。②では、所有権が債務者にある(信託的譲渡かつ所有権の外部的にのみ移転という構成)ことを理由に債権者の請求を退け、③では逆に、所有権が債権者に移転していることを理由に債権者の請求を認めている。このように場合によって所有権が移転しているとしたりしなかったりしているのは、当事者の実際の目的たる債権担保ということからみて、請求が合理的なものであるか否かを判断しているからではなかろうか。すなわち、②では弁済の提供がなされているのに債権者がこれに応ぜず賃貸借の終了のみを主張していること、③ではおそらくは弁済なく弁済期限が徒過したことが考慮されていると考えられる。④が、売買が虚偽表示によるもので無効であるとしても、当事者の意思は登記の抹消を債務の弁済にかからせることにありと述べているのは、この意味に解することができるのではなかろうか。

結局、譲渡担保に関する事例は、虚偽表示にあたる事案において、当事者の意図したところを考慮し請求の合理性を判断したものではないかという疑問が生ずる(79)(80)。

(66) 我妻・前掲注(2)〔三一三〕、川島・前掲注(2)二七四頁、幾代・前掲注(2)二四八頁、四宮・前掲注(2)一七一頁注(1)、同「譲渡担保」『総合判例研究叢書民法(17)』(一九六二年、有斐閣)二四頁以下、稲本・前掲注(6)一六〇頁、同・前掲注(4)一九九頁、米倉明『譲渡担保の研究』(一九七六年、有斐閣)四五頁、同『譲渡担保』(一九七八年、弘文堂)六三頁。

(67) 前掲注(66)の川島、幾代、稲本・前掲注(4)、米倉『譲渡担保』参照。

(68) 米倉・前掲注(66)『譲渡担保』六三頁では、譲渡担保につき「真意をこのように表示するという表示(表記)方法についての合意が存し、」とされている。

(69) 四宮・前掲注(66)六九頁。

(70) 最判昭和四二年一月一六日民集二一卷九号二四三〇頁(債権者に清算義務がある

とした)に始まる一連の判例の進展については、玉田弘毅「仮登記担保」『民法1(判例と学説2)』(一九七七年、日本評論社)三〇九頁、椿寿夫「仮登記担保」『判例展望(ジュリスト五〇〇号)』(一九七二年、有斐閣)一三二頁、同『判例コンメンタール4民法II』(一九七七年、三省堂)一八四頁などで整理がなされている。

(71) 次のような諸説がみられる。①授権説(浜上則雄「譲渡担保の法的性質」阪大法学一八号三二頁、二〇号五五頁)。債務者には所有権が帰属し、債権者には担保目的での目的物管理処分権が付与されているとする。②二段物権変動説(鈴木禄弥「譲渡担保」『経営法学全集9』(一九六六年、ダイヤモンド社)二九三頁、同『物権法講義〔改訂版〕』(一九七二年、創文社)二七九頁)。目的物の所有権はいったん債権者に移り、同時に、担保機能を除く機能が債務者に返還されるとする。③期待権説(川井健『担保物権法』(一九七五年、青林書院新社)二四四頁、竹内俊雄「譲渡担保の法的構成と効力」ジュリスト増刊『民法の争点』(一九七八年、有斐閣)一五四頁)。債務者には所有権が帰属し、債権者には所有権を取得しうるという地位＝期待権が帰属するとする。④抵当権説(米倉・前掲注(66)『譲渡担保の研究』三頁、同・前掲注(66)『譲渡担保』一四頁)。債務者には所有権が帰属し、債権者は抵当権者であるとする。

(72) 授権説では端的に、虚偽表示と結合しているとされる(浜上・前掲注(71)二〇号六七頁)。しかしこの考え方の背後には、所有権の「帰属」の主体と「行使」の主体とは異なってもよいという考え方があるように思われる。債権者は所有権を「行使」するのではなく、担保のために名義人となっているにすぎないのであるから、虚偽表示とみとすれば、所有権は債務者にあるとだけいえばよいのではなかろうか。

(73) 稲本・前掲注(6)一六一頁。

(74) 米倉・前掲注(66)『譲渡担保の研究』四六頁、同・前掲注(66)『譲渡担保』六八頁、半田正夫『民法講義3(有斐閣大学双書)』(一九七八年、有斐閣)二七九頁、我妻・前掲注(29)〔九四八〕(不動産の場合はこのようにいわれない。〔九五三〕参照)。浜上・前掲注(71)二〇号六七頁は九四条二項の適用があるとされ、川井・前掲注(71)一九一頁は適用ないし類推適用とされる。

また、判決例にも、譲渡担保とみられる事案で、登記名義人からの不動産譲受人に九四条二項を類推適用しているものがある(最判昭和四四年五月二七日民集二三卷六号九九八頁)。加藤評釈でも、本件を譲渡担保類似の場合であると解されている(加藤雅信「判批」法協八八卷五・六号一〇八頁)。

(75) 大判明治三十九年一〇月一〇日民録一二輯一二三二頁、大判明治四〇年二月一日民録一三輯三三頁。次の二件は、担保のための所有権移転が虚偽表示とならない場合もあるとしながらも、当該事案では虚偽表示であるとしたものである。大判大正元年一〇月七日民録一八輯八一五頁、大判大正三年十一月二〇日民録二〇輯九六七頁。

(76) 原審は、東京控判明治四五年三月一四日新聞七八五号二一頁。

(77) 四宮・前掲注(66)二九、三一頁、稲本・前掲注(6)一六〇頁。

- (78) 四宮・前掲注(66)二九頁は、この判決を虚偽表示と信託的譲渡を結合させた構成をとったものと解されている。
- (79) 四宮・前掲注(66)二八頁では、虚偽表示構成から導かれる結果として次のことがあげられている。(一) 債権者の「所有権」が否定されること、(二) 目的物が不動産の場合、隠匿行為としての「抵当」が、抵当直流禁止の時代にあって無効とされること、(三) 目的物が動産の場合、隠匿行為としての「質」が、三四五条、三四九条の脱法行為として無効とされること。しかしこれらは、近年の担保権的構成によっても克服されていることであると思われる。
- (80) 登記実務上、譲渡担保を登記原因とする所有権移転登記の方式が認められるに至っている(昭和三九年四月一日民甲八三九号通達)。この方式が利用される場合には、当事者の意図したところと表示は一致し、したがって虚偽表示は問題にならないと考えられる。しかし、この場合でも譲渡担保が現在なお存在しているのかまたはすでに債権者が完全に所有権を取得するに至っているのかは不明確である。したがって公示方法として完全なものとはいえない。さらに問題なのは、「担保」でありながら「所有権」が移転するという矛盾することを、わが民法上存在しうる形態として認めたことである。この実務の取扱いが学説の到達点をふまえたものであろうが、そもそも、所有権移転でありかつ担保権の設定でもあるということは、物権行為の独自性を認めるドイツ法ならば別として、わが民法上存在しえず、担保権の設定がその実質であるならば所有権移転は形式にすぎないとみるべきではなかろうかと考えられ、この方式には疑問がある。

八 融通手形に関する事例

融通手形とは、手形の信用証券としての機能を利用し、現実の商取引なくしてもっぱら他人に金融を得させる目的で手形行為がなされる場合のその手形をいう(81)。融通手形が虚偽表示でないことは疑われていないが、その実質的理由は、民法上虚偽表示を考えるにあたって示唆に富むと思われるので、ここで触れておく。

融通手形が虚偽表示でないことを示した判決がある(㉕東京高判昭和四五年二月二七日金法五七五号三三頁)。これは、融通手形の振出は金融を得させるためになされており、真意が手形金債務を負担しない所存であったとはいえないとして、虚偽表示とはいえないとしたものである。これに対して、見せ手形(信用を付けさせることだけを目的とし、手形の流通を禁止している手形)については、判例は虚偽表示であるとしている(82)。すなわち、債務負担の意思があるか否かが、虚偽表示の判断の基準とされている。したがって、融通者は、第三者に対しては、第三者が融通手形であることを知っているか否とにかかわらず、融通手形であるとの抗弁を対抗できない(83)。しかし、いかなる場合もそうかといえそうではなく、第三者が、融通手形が割引を受けることができずもはや融通者に返還しなければならなくなっていることを知りながら、手形を譲り受けたような場合には、融通者は、

手形所持人に対し支払いを拒むことができるとされている(84)。

以上をまとめていうならば、次のようである。見せ手形は、虚偽表示として扱われ、第三者には九四条二項が適用される。融通手形の場合には、第三者は善意悪意を問わず保護される。ただし、その融通手形がすでに融通者に返還されなければならないものとなっていることを知って譲り受けた者に対しては、融通者は支払いを拒むことができる。このような結論は、商法学者により支持されている(85)。

見せ手形および融通手形においては、手形行為は何ら実際の商取引に基づいてなされているわけではないにもかかわらず、当事者の意図したところである信用を与えることまたは金融を得させる目的に着目した合理的な解決がはかられているといえよう。すなわち、当事者の意図したところと外形の関係につき、融通手形では、意図したところの実現されている限りにおいて外形はそのまま有効であり、意図したところに見合った外形でないことを知っている第三者にとっても同様である、しかし意図したところを逸脱する事態が生じた場合（見せ手形はこの場合に当たる）には、そのことを知っている第三者には外形の効力を否定することができるかとされていると理解することができるのではなかろうか。

このことは、これまでの検討で生じてきた疑問、すなわち、虚偽表示における当事者の意図したところの位置づけに関し示唆を与える。すなわち、虚偽表示をどのようなものとして法的に構成していくかにあたっては、虚偽表示における当事者の意図したところを当該行為という外形を用いること自体についての意思と区別し、かつ、意図したところの実現されている範囲内では外形の効力を認めていくことが必要なのではなかろうか。

(81) 大隅健一郎・河本一郎『註釈手形法・小切手法』（一九七七年、有斐閣）一九三頁、鈴木竹雄『手形・小切手法』（一九五七年、有斐閣）五六頁。

(82) 最判昭和四七年一二月八日金法六七二号四九頁。

(83) 最判昭和三四年七月一四日民集一三卷七号九七八頁。

(84) 大判昭和八年四月二五日新聞三五七二号一一頁。

(85) ただし、融通手形に関し、この理をどう説明するかについては見解が分かれている。

①融通手形であるとの抗弁は、もともと直接の相手方に対してのみ対抗されうる性質のものであり、いわば生来的人的抗弁であるとする説（通説）（大隅健一郎「融通手形の抗弁」法時三四卷一〇号七六頁、北沢正啓・ジュリスト二五七号一三一頁、今井宏「融通手形の抗弁」『商法演習Ⅲ』（一九六三年、有斐閣）二二四頁、河本一郎「手形法における悪意の抗弁」民商三六卷四号五二九頁）。例外的に譲受人に抗弁を対抗できることは、一般悪意の抗弁と構成する。②裏書の本質を手形上の権利の原始取得と解し、融通手形の抗弁も他の一般の人的抗弁の問題ととらえた上で、すべての人的抗弁は本来承継されないが、具体的な場合に依じて例外的に悪意の抗弁が認められるとする説（高窪利一「いわゆる融通の抗弁について」手形研究三二号六頁）。③融通手形の抗弁も他の人的抗弁と同様に手形債権の移転とともに移っていくが、手形取引安全の

ため例外的に主張できるにとどまるとする説（山口幸五郎「いわゆる融通手形の抗弁について」ジュリスト三七四号九三頁、古瀬村邦夫「融通手形」『新商法演習3』（一九七四年、有斐閣）一六九頁）。④融通手形のもつ保証という実質関係に着目し、保証という実質関係が成立している場合には第三者の善意悪意を問わず融通手形の抗弁を対抗できないとする説（坂井芳雄「融通手形の本質」手形研究一六三号四頁）。これらの学説の整理については、古瀬村・前掲一六三頁、吉井溥「融通手形」『判例演習講座商法Ⅱ』（一九七三年、世界思想社）一三五頁参照。当事者の意図に視点を置いて考えるならば、④の見解が示唆に富む。

まとめ

以上における判例の整理から次のような疑問が生じた。（一）当事者の目的とするところが、当該行為という外形を用いることにすぎない場合には、当事者の意思はその行為をなすこと以外にない。したがって、外形行為は九四条によって無効とされるべきではなく、意思に基づくものとして有効または九〇条により無効とされるべきではなかろうか（一、二、三、四の事例）。（二）当事者の目的が当事者の実際に意図するところである場合すなわち意図するところと外形が不一致の場合であっても、その外形行為が当事者の意図を実現するものとして働いている限りでは、意図するところと外形は一致しているのだから外形行為を無効とする必要はないのではなかろうか（五、六の事例）。（三）信託的行為は虚偽表示と区別されている。しかし信託的行為とされている場合は、虚偽表示にあたる事案において、当事者の意図するところと外形を別々に考察するのではなく、外形行為の効力を当事者の実際に意図するところの実現という観点から判断している場合ではなかろうか（五、六、七の事例）。（四）したがって、九四条で処理されるべき場合とは、当事者はその意図するところを実現するため表示をなしたが、その範囲において意図を実現する以上の表示がなされた場合となるのではなかろうか。整理した事例に照らしているならば、表示の相手方にある行為をなさしめるために、外見的にはその行為をなさしめるに必要な表示以上の表示がなされた場合となるのではなかろうか。そして従来信託的行為とされ虚偽表示とは区別されてきた事例も、虚偽表示にあたる場合をこのように解する限り、九四条により処理されるべきではなかろうか。

以上の疑問をさらに検討するため、次に、フランス法における虚偽表示を考察する。

1-3 フランス民法における虚偽表示

判例における虚偽表示（simulation）の取扱いをみる前に、フランス民法上の虚偽表示に関する規定である一三二一条について、本節1と関連する範囲で触れておくことにする⁽⁸⁶⁾。

フランス民法一三二一条は次のように定める。「反対証書（contre-lettre）は、契約当事者間においてのみその効力を有する。反対証書は、第三者に対してはその効力を有しない。」

この規定は一見、証書の証拠力についての規定にみえるが、書証の法則に何ら抵触するものではないことから、*contre-lettre* とは外形行為の内容を修正または排除するすべての秘密の合意を指すとされている(87)。したがって一三二一条は、当事者間でなされた秘密の合意の効力に関する規定となっている。わが国の民法九四条と異なるのは、九四条が外形行為の効力を規定しているのに対し、ここでは当事者間における秘密の合意の効力が規定されていることである。

このような規定の仕方から、一三二一条が適用されるためには次のことが必要となる。

(一) 秘密の合意が存在していること。(二) 外形行為が存在し、その内容が秘密の合意と異なっていること。(三) 秘密行為(88) (*acte secret*) と外形行為が、当事者の意図の面において同時に意図されていること。

以上の要件からして、次の行為は秘密の合意が存在しない場合であるとされ、虚偽表示と区別される。法による擬制 (*fiction légale*)、詐欺 (*dol*)、心裡留保 (*réserve mentale*)、不正確な名称 (*qualification inexacte*)、間接行為 (*acte indirect*)、信託行為 (*acte fiduciaire*)、第一になされた行為を変更する第二の行為がなされた場合(89)。

一三二一条が適用されたことによる効果は次のようである(90)。すなわち、秘密行為と外形行為は並存 (*coexistence*) する。ただそれらが働く場面を異にする。(一) 当事者間は秘密行為によって規律される。秘密行為は、その内容に関してはその行為に固有の要件に服するが、その形式に関しては外形行為の形式に従う。たとえば、売買で仮装された贈与は、内容については贈与の規定が適用されるが、形式については売買の規定に従う。贈与は公正証書をもってなされなければならない(フランス民法九三一条)が、ここでは私署証書によりなされうる(91)。(二) 第三者は秘密行為の効力を認めず、外形行為の効力を主張することができる。秘密行為を主張することが利益となる場合には、これを主張することができる(92)。条文上は第三者の善意悪意を問題にしていないが、秘密の合意であることは当然第三者がそれを知らない者であることを要求する。第三者とは、当事者の特定承継人、債権者および遺留分権利者をいう(93)。

以上のように、フランス民法一三二一条は、秘密の合意の効力について規定する方法をとりつつも、わが国の九四条と同じように、虚偽表示に関する規定であるといえよう。しかし、秘密の合意の側面からの規定であることからして、次のような特徴を有していることが注目される。(一) 秘密の合意が存在していることそしてそれと外形行為の内容がくい違っていることが、一三二一条の適用の前提となっていること。(二) 秘密行為と外形行為は並存 (*coexistence*) し、外形行為は無効とされるわけではないこと。この特徴は、一三二一条の具体的な事案への適用にも影響を与える。

すなわち、虚偽表示の態様には次のものがあるとされているが(94)、これらすべてが一三二一条により処理されているとはいえない状況にある。(一) 行為の存在自体の仮装。これは《*acte fictif*》と呼ばれる。たとえば、債権者による差押えを免れるため債務者が不動産を売却したが、その実、所有権が譲渡されないことを合意していた場合がこれにあたり

されている。(二) 行為の性質の仮装。《acte déguisé》と呼ばれる(95)。たとえば、売買契約の形式をとりながらその実、贈与という場合がこれにあたりとされている。(三) 行為の条件の仮装。たとえば、脱税目的で、実際の売買価格よりも低い価格で売買がなされたことにする場合がこれにあたりとされている。(四) 行為の主体の仮装。《interposition de personne》と呼ばれる。たとえばAがBへ贈与をなすにあたり、Bへの贈与が禁じられているため、AはCに贈与しその実、受贈者はBである旨をA B Cが秘密に合意する場合がこれにあたりとされている。これらはすべて虚偽表示の態様とされているが、前記の一三二一条の特徴のゆえに、一三二一条により処理されない場合が生ずる(96)。(一) の場合には、外形行為の背後に隠された実際に意図された契約は存在していないとされることにより、一三二一条を適用する意義を欠き、行為の全体をとらえてそれが **fraude** か否かが判断されている場合がある(97)。(二) の場合には、外形行為が秘密行為を完全に背後に隠しているといえないとされることにより、その外形行為が当事者の真実の合意の外形と認定されている場合がある(98)。(三) の場合には、脱税につき特別の規定が設けられて一三二一条が適用される余地がない場合がある(99)。これらの場合が具体的にはいかなる事案に対応しているか、そこではいかなるものが当事者の意図するところとして位置づけられているかを検討することが必要であろう。

また、(四) の場合には従来、《interposition de personne》と区別されるべきであるとされてきたものに《prête-nom》がある(100)。これは、AのためにBがBの名でCと契約するが、Cはそのことを知らない場合であるとされている。両者の違いは、A C間に合意があるか否かである。《prête-nom》は虚偽表示ではないとされてきたが、最近では両者を区別しない見解が現れている。というのは、虚偽表示の当事者の関係をA B間に考えた場合には、前記の一三二一条の特徴に照らしても、両者が本質的には異なるものではなくなるからである。そこでこれらのことが問題とされている具体的な事案はいかなるものかを検討することも必要であろう。

- (86) フランス法における虚偽表示について紹介するわが国の文献として、稲本・前掲注(6)一五二頁がある。また以下の記述にあたっては、次の文献を参照した。

Perrot-Wiederkehr, *Juris-classeur civil*, art. 1321, n° 1 et s.; Mazeaud, *leçons de Droit Civil*, t.II, n°807 et s.; Rieg, «le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand», n°488 et s.; Planiol-Ripert-Esmein, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, n°333 et s.; Carbonnier, *Droit Civil*, t. VI, n°39 et s.; Weil-Terré, *droit civil, les obligations*, n°565 et s.; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, n°159 et s.; Aubry et Rau, *Cour de Droit civil français*, t.XII, §756 et s.; Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, t. II, n°799 et s.; Demolombe, *Cour de Code Napoléon*, 1.3,t.3, n°303 et s.; Dagot, «la simulation en droit privé» .

- (87) V. par. ex. *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°5.

- (88) 秘密行為 (acte secret) とは、その行為をなすについての合意が秘密である (秘密の合意) ことから、隠されたままになっている行為を指すものとして扱う。
- (89) ①法による擬制の例として、住所の選定 (élection du domicile) がある。②詐欺 (dol) と fraude とは区別されるべき概念であると思われる。後述 1—4 の場合参照。③心裡留保に関する規定はフランス法にはない。したがって一般原則により、合意は存在していないことになる (Rieg, op. cit. n°11.)。④不正確な名称とは、たとえば実際は株式会社であるのに民事会社としての名称を付けていた場合である。⑤間接行為とは、当事者により実現されようとした行為に固有の方法とは異なった方法によって実現された行為をいう。たとえば、通常の市価よりも低い価格での売買が間接贈与とされる場合がある (後掲注(104)参照)。⑥信託行為とは、当事者により実現されようとした行為よりも量的に過剰した効果をもつ行為がなされる場合をいう。フランス法上これにあたとされているのは、信託的継伝処分 (substitution fidéicommissaire) と呼ばれる一種の負担附の遺贈の場合のみである (後述 1—4 五 (iii) 参照)。わが国において信託的行為とされている場合が念頭に置かれているのではない。⑦第一の行為を変更する第二の行為がなされた場合とは、たとえば売買につき新たに条件を設けるような場合をいう。委託申告 (déclaration de command) すなわち、たとえば、第一の売買において、それが他に売却してもらうための委託であることが表明されているような場合も虚偽表示ではない。V. Dagot, op. cit. n°9 et s., n°33; Demolombe, op. cit. n°307 et s.; Demogue, op. cit. n°159.
- (90) Juris-classeur civil, art. 1321, n°19 et s., n°30 et s.; Carbonnier, op. cit. n°39; Rieg, op. cit. n°499 et s.
- (91) Rieg, op. cit. n°508.
- (92) この場合、第三者は虚偽表示確認の訴え (action en déclaration de simulation) を提起することができる。これは、当事者の実際の意図が外形行為と異なっていることをあきらかにすることに利益を有する者が提起する訴えである。第三者のほか、虚偽表示の当事者およびその相続人も原告適格を有する。第三者が善意であることを要しない。この訴えに関する明文の規定はないが、これを認めることに異論はない。ただこの訴えは真実をあきらかにすることだけを目的とするにすぎないため、原告は自己の利益を確保するためにはさらに別の訴えを提起しなければならない。このことからこの訴えの性質につき議論がなされている。すなわち、この訴えは固有の目的を有せず、主たる訴えの準備手続にすぎないとする立場 (Planiol, Traité élémentaire de Droit Civil, t.II, n°1201) 、不存在確認の訴え (Planiol-Ripert-Esmein-Radounat-Gabolde, Traité pratique du Droit civil français, t. VII, n°975) または無効の訴え (Ripert-Roblot, Traité élémentaire de Droit commercial, t. I, n°625) であるとする立場、および真実の回復を目的とする訴えであるとする立場 (多数説。V. par ex. Juris-classeur civil, art. 1321, n°91 et s; Dagot, op.

cit. n°275 et s.) がある（以上の記述について、V. *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°91 et s.; Dagot, op. cit. n°275 et s.）。この訴えがいかなる性質のものであるかは、一三二一条の理解につき重要な事柄となりうる。というのは、この訴えの性質を、主たる訴えを提起するための準備段階としてのいわば仮処分的なものとするかまたは秘密行為の存在を明らかにするためのものとするか、この訴えは、一三二一条が秘密の合意の第三者に対する効果、すなわち契約の第三者効を規定していることに沿い、外形行為の効力につき何らかかわるものとならないが、この訴えの性質を、外形行為の効力を否定するためのものとするか、そういった考え方の背景には一三二一条を無効な外形を信託した者の保護のための規定ととらえる考え方があるようにも思われるからである。後者の理解を前提にするならば、以下で明らかにしていく一三二一条の特徴は、そのようにいえるかが疑問となってくる。この訴えは、フランスの虚偽表示の理解において、一三二一条と比肩すべき重要性があると思われるので、1—5において検討する。

(93) フランス民法一一六五条は、合意は当事者間でのみ効力を生ずる旨を規定する。また「他の人々の間にてなされたる事は、その他の人々を害することなく、また権利を生ずることなし」(*Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest.*) という法格言がある。これからすると、一三二一条は余分な規定であるかにみえる。しかし、一三二一条にいう第三者は、一一六五条では第三者ではない者なのである (Rieg, op. cit. n°500 et 501.)。

(94) ただし、学説には論者によりかなり差異がある。ここでは主に次の文献を参照した。
Dagot, op. cit. n°71 et s.; Rieg, op. cit. n°489; Carbonnier, op. cit. n°39.

(95) Dagot は (一) (二) の場合を行為の全体を仮装する場合として *simulation absolue* と呼ぶ (Dagot, op. cit. n°71.)。しかし Rieg と Demogue は (一) の場合のみをそう呼ぶ (Rieg, op. cit. n°489; Demogue, op. cit. n°159.)。

(96) 以下の場合の具体的な検討は、1—4 において行う。

(97) 1—4 二参照。

(98) 1—4 一注(104)参照。

(99) 1—4 四参照。

(100) 1—4 六参照。

1—4 判例における民法一三二一条の取扱い

ここでは、一三二一条の適用が問題となる具体的な事例について、どのような処理がなされているか、またその理由は何かを検討する。判例の整理は、わが国の判例を当事者の意図したところから整理したのに対比させる形で行う(101)(102)。学説については、ここでの判例の検討に必要な限りで触れることとし、虚偽表示確認の訴え (*action en déclaration*

de simulation) をめぐっての議論は1—5で扱うことにする。

(101) 以下に述べるように、わが国の判例に現れた事例がそのままフランスでも現れているとは必ずしもいえない場合がある。例えば、登記制度の違いからであろうか、フランスでは、登記名義を移転することにより信用を付けさせるといった事例は見あたらない(後述六(ロ)参照)。また、フランスの判例の整理という観点だけからすれば、処理の仕方ないし虚偽表示の態様とされるところに従って整理することの方がより整然とした整理となりうる。しかし、わが国の九四条はいかなる事案を解決するための規定か、すなわち当事者がいかなる意図を有しているときに働く規定かという関心からは、わが国の判例の整理と対比させて整理することが必要であると思われる。

(102) フランスの判例による一三二一条の適用につき述べるものとして、稲本・前掲注(6)一五二頁、上井長久「フランス判例法における表見所有権について」法律論叢四六巻四号一〇一頁(一二三頁以下に詳しい)がある。

一 不法な目的を達成するためになされた行為に関する事例

判例に現れたものとしては、不倫な関係にある者に対する贈与を他の契約の形式を借りて行った事例がある(①②③)。

① Civ. 9. 2. 1955, Bull. 1955. I. n°67. p.63.

GとTはホテル経営に関して共同組合を結成した。Gは財産を出資し、Tは経営管理についての知識を出資することとした。そして、組合の継続中にTが死亡した場合には、Gは、Tの死亡後五年間ホテルの経営から生ずる所得の三分の一をTの相続人に支払って組合を消滅させることができる旨が約された。その後Tは死亡したが、GはTの相続人に対し、前記の約旨を記載する証書の無効確認の訴えを提起した。破毀院民事部は、死亡した組合員がその相続財産にあたる財産を出資していた場合と異なり、本件ではTの死亡によりもはや存在していない知識のみを出資していたのであるから、組合の利益配分に関するGとTの取り決めはTの相続人のための無償の恩恵と解するほかないとし、その恩恵はGとTとの姦通関係の対価に他ならず、仮装された不道德な原因による贈与であるから無効であるとしている。

② Civ. 11. 4. 1959, Bull. 1959. I. n°183. p.153.

Fは、内縁関係にあるGおよびGの娘との間でそれぞれ不動産の売買契約を結んだ。Fはその後死亡し、Fの相続人は売買契約の無効を主張して訴えを提起した。破毀院民事部は、当事者の意図からすればF G間の契約は内縁関係を考慮してなされた仮装された贈与であるとし、単に遺留分侵害として減殺されるにとどまらず、全体として無効であるとしている(Gの娘との契約は遺留分に対する **fraude** としてやはり無効とされているが、**fraude** と遺留分侵害の関係については後掲注(114)参照)。

③ Civ. 6. 3. 1962, Bull. 1962. I. n°138. p.123.

MはFに対し不動産を譲渡し、それを債務の返済にあてることおよびMの生存中Fが扶養することを約した。さらにMはFに煙草畑の用益権を二万五千フランで売却した。その後Mは死亡したが、Mの未亡人と子は、これらの売買契約等は不当に低い対価でなされたものであり無効であると主張し、補足的にこれらの売買等は仮装された贈与であると主張して訴えを提起した。Mは長い間妻と別居し、Fと同棲していた。破毀院民事部は、売買等の対価としていかなるものもFにより提供されていないとした上で、Mの目的は自分の最期を予感し、長い間妾であったFに報いるのと同時に自分の家族から相続財産を奪うことであったとし、これらの売買等は仮装された不道德な原因による贈与であり無効であるとしている。

これらの判決では、当該契約は贈与であり、それは不倫な関係すなわち不道德な原因に基礎を置くものであるから無効であるとされている。ただこれらでは、契約は仮装された(*déguisée*)ものであるとの表現が用いられているので、契約を無効とする前提として虚偽表示に関する一三二一条が適用されているのではないかとの疑問が一応生ずる。もしそのようであるならば、これをわが国の問題としてとらえた場合、九四条を適用して秘密契約たる贈与契約を明らかにし、次いで九〇条によりそれを無効とするということになってしまうであろう。このように解することは、1—2のわが国の判例の整理のなかで述べた、このような事例については九四条を適用する必要があるのではないかとの疑問と異なる(103)。果してこのようなのであろうか。しかし事案を検討すると、これらの判決では一三二一条は問題とされていなかったのではないと思われる。

というのは、まず、これらの事案で争いになっているのは、契約が有効か無効かという点なのであって、その契約が贈与なのかそれ以外のものなのかという点にとどまらない。一三二一条の適用は、外形行為と当事者の意図するところとがくい違っているということは明らかにするが、その外形行為の効力および贈与契約の効力をともに否定するためには働かない。すなわち、契約当事者間における目的物の所有権移転の効力自体を争う場合には、その契約が仮装されたものであるといっても問題の解決にはならないのである。

それではさらに、虚偽表示であることを明らかにすること自体により当事者間の契約の効力を判断することはできないにしても、契約を不道德な原因による贈与として無効とするためには、いったん、この契約が虚偽表示によるものであると認めておく必要があったのであろうか。しかしその必要はなかったと思われる。というのは、当事者の意図するところの判断は、それが贈与であるということと不倫な関係にある者に対するものであるということと切り離してなされうるものではないからである。ひとたび当事者の意図するところは不倫な関係にある者への贈与であると判断されれば、この意図に基づく契約はいかなる形式をもってなされたとしても無効であることはあきらかである。これを、このように判断しながらも、いったん当事者間では贈与契約であり有効であるとし、次いでそれは不道德な原因によるものであるから無効であるとするのは、判断した当事者の意図を、仮にそうでないとすれば当事者間では契約は効力があるとし、次にやはりそうであるから

と判断し直して無効とするといったように、当事者の意図するところの判断の問題と契約の効力の判断の問題を混同して扱うものであるように思われる。判断された当事者の意図が契約を無効ならしめる性質のものである場合には、契約はそれだけで無効とされれば足りるのであり、契約を無効ならしめるものではない場合にはじめて、契約の性質および契約の効力の及ぶ範囲の判断すなわち一三二一条（わが国でいうなら九四条）が問題となりうるのではなかろうか。

結局、これらの判決において契約は仮装されたものであるとされていることの意味は、当事者の意図の判断の問題として当事者の意図は贈与をなすことであると判断したことを述べているにすぎず、一三二一条を適用したのではないと思われる(104)。

(103) 1—2—。

(104) 当事者の意図するところが贈与であると判断された場合であっても、それが不道德な原因によるものであるとされる場合もそうでない場合もありうる。不道德ではないとされた場合にはすべて一三二一条（わが国でいうなら九四条）が適用されるのであろうか。そのようには考えない。というのは、本文の判決のように争いの内容により一三二一条を問題にする意味がない場合もあるが、その他にさらに事実認定の問題として、意図するところと外形行為は一致していると認定される場合があるからである。このように考えるにつき参考となる事例が判例において取扱われている。それは、低価格で有償契約を結んだ場合である。判例は当初はこれを虚偽表示の問題として扱い、一三二一条を適用していた。そしてパラドキシカルにも、仮装されているというには外形が充分なものとはいえない（秘密行為は、形式については外形行為の形式に従うものであることにつき、1—3参照）がゆえに当事者間でも無効であるとしていた(Req. 26. 4. 1893, S.1893. I. 413; Civ. 3. 11. 1896, D. 1897. I. 584; Req. 9. 7. 1934, DH. 1934. 442; Civ. 17. 12. 1959, S.1960. I. 177. 例外的に、一三二一条を適用しながら、外形行為として不充分であっても有効としたものとして、Civ. 3. 12. 1912, S.1914. I. 388, D. 1913. I. 175 がある)。これに対し、次の判決は虚偽表示の問題として扱わず、契約の有効性を認めた。

(i) Civ. 16. 7. 1959, D. 1960. 185.

Hは、母Aに通常よりも低い価格で不動産を売却した。Hは死亡し、その未亡人は、Hの包括受遺者としての資格でその売買契約の取消の訴え(*action en rescion*)を提起した。破毀院民事部は、当事者の意図は買主に対し恩恵をほどこすことであるとする事実審判事の判断を支持し、さらに本件契約は売買契約で贈与契約を仮装したものではなく、恩恵をほどこす意図は価格の低さの原因となっているとして、本件契約は仮装された贈与(*donation déguisée*)ではなく、間接贈与(*donation indirect*)であり有効であるとしている。

(ii) Soc. 13. 10. 1955, D. 1956. 22.

Rは、息子Sと農場について売買予約を結ぶとともに賃貸借契約を結んだ。Rは死亡し、Rの相続人（Sとは別の者）はそれらの契約の無効・不存在確認と財産持戻しの訴えを提起した（理由は不明）。原審は、賃料および売買価格は財産の価値よりも低いとして、これらの契約の無効・不存在を確認し、財産の相続財産への持戻しを認めた。しかし破毀院社会部は、本件契約は間接贈与として有効であるとし、ただ相続人のために減殺されうるものであるとして破毀差戻している。

このような判例の傾向には、学説も賛成しているようである（Mazeaud, *Leçons de Droit civil*, t.IV, n°1485; Dagot, *op. cit.* n°51 et 52.）。その理由は、当事者はいかなることも隠そうとしていない、欺瞞的な外観を作出していないということである。

間接贈与（*donation indirect*）とは本来、たとえば債務の免除といったように直接的でない形で贈与とおなじ効果を生じさせる場合に用いられる用語である（山口俊夫『概説フランス法上』（一九七八年、東大出版会）五二九頁参照）が、ここで述べた事例のような場合にも用いられているわけである。

このように、当事者の意図するところと外形行為が一致していると認定される場合には、一三二一条を問題とする余地はない。

なお、以上のことは、当事者が債権者の追及を免れる目的を有している場合に関する事例にはあてはまらない。というのは、次に述べるようにこの場合は、秘密契約（たとえそれが認定によりそうではないとされとしても）というものはそもそも存在しないのであり、一三二一条は問題とならないと思われるからである。

二 債権者の追及を免れるためになされた譲渡行為に関する事例 判例に現れた事例として次のものがある（④⑤）。

④ Poitiers 28. 5. 1935, S.1936. II. 16.

Cは、自分の死亡後、相続人たる息子に息子の債権者の追及が及び財産を喪失してしまうのを避けるため、息子と共謀して息子の妻（夫とは財産を分離している）に対しあきらかに不相当な終身年金を対価として不動産を売却した。Cの死亡後、息子の債権者は、本件売買契約は債権者を妨害する目的でなされた虚偽表示であり無効であるとの確認を求めて訴えを提起した。これに対し息子の妻は、本件売買は仮装された贈与なのであり、遺留分を侵害するものとして減殺されることはあっても、全体として無効とはならないと主張した。ポアティエ控訴院は、本件契約は債権者を害する目的でなされたものであり、*fraude*という欠陥があるから、単に減殺されるだけにとどまらず、債権者は虚偽表示を原因とする無効を求めることができるとしている。

⑤ Paris 31. 1. 1976, DS. 1977 inf. rap. 42.

（事案不詳）パリ控訴院は、虚偽表示が当事者の合意自体に向けられており、当事者は実際にはいかなる契約をも締結するのではないのに、純粹に虚偽の合意をなそうとした場合には、その契約は、債権者の権利、したがって債務者の遺産を債権の担保としている法

自体を侵害する **fraude** であるがゆえに無効であるとしている。

これらの判決では、当該契約は **fraude** であるがゆえに無効であるとされている。契約は虚偽表示であるとされているものの、一三二一条が適用されているのではない。それは、⑤の判決も述べているように、当事者間には実際に締結しようとした契約、すなわち秘密契約というものが存在しないので、一三二一条を適用する意味がないからである。④の判決が、売買は仮装された贈与であるとの主張を退けたのも同じ意味に理解できよう。これらの判決では、当事者が締結した外形行為たる契約の効力だけが問題とされているのである。

ここで無効の理由とされている《**fraude**》とはいかなるものかが問題となる。これは本来、詐害行為取消権 (**action paulienne**) における「詐害」を意味する(一一六七条参照)。したがって、これらの事例では詐害行為取消権が問題とされているようにも考えられる。しかし、《**fraude**》という言葉は、詐害行為取消権を行使できないような場合においても用いられることがある。すなわち、契約の当事者間においてその契約の有効性を争った事案でも《**fraude**》が用いられている(105)。また、一一六七条二項および八八二条により、共同相続人のうちの一人の債権者は、遺産分割に関し異議申立てができる反面、詐害行為取消権を行使することができない(106)。しかし判例上、かような場合でも《**fraude**》を主張して分割の無効を争うことができるとされている(107)。これらの場合には、《**fraude**》は詐害行為取消権における詐害としてではなく、より広く不正行為ともいふべき概念として用いられ、当該行為が無効とされるための要件として働いているのである。しかるにかような意味で《**fraude**》が用いられるのは、当該行為が虚偽表示の場合であるとされている(108)。④⑤の判決も虚偽表示である旨を判示している。したがってこれらは、虚偽表示による無効の主張を **fraude** を要件として認めたものということになる(109)。このことは重要な問題を含んでいる。というのは、一三二一条では外形行為の無効は何ら規定されていないにもかかわらず、この条文とは別に虚偽表示とされる場合が存在し、かつそこでは外形行為が無効とされることがあることを意味するからである。このような訴えは虚偽表示確認の訴え (**action en déclaration de simulation**) として認められるものとされている(110)。とすると、この訴えは、一三二一条によっては規定されていない外形行為の無効を認めるために案出されたものではないかという疑問が生ずる。もしこのように考えるならば、わが国の判例が債権者の追及を免れるためになされた譲渡を虚偽表示によるものであると構成していること(111)と、フランスにおける同様の行為に対する処理の仕方は似かよってくる。しかし、注目しなければならないのは、フランスでは、ここで扱っている事例の場合には虚偽表示であることにより無効とされるのではなく、**fraude** であるがゆえに無効とされることである(112)。すなわち、当該行為が虚偽表示であると判断されるためには、それが **fraude** でなければならない。逆にいえば **fraude** であると判断されることにより虚偽表示とされ無効とされる(113)(114)。このことは次のような疑問を生じさせる。虚偽表示確認の訴えの行使による無効という方法がここでとられているのは、詐害行為取消権が行使しえな

い場合であっても **fraude** を理由とする無効を認めるべきと考えられる場合に、原告の訴権を基礎づけるためであって、無効と判断される実際の理由は **fraude** であることではなからうか。

しかし、虚偽表示確認の訴えが問題となる場合はここでの事例にとどまらない(115)。それゆえこの訴えをいかなる性質のものにとらえるかということは、フランスの虚偽表示を考えるにあたってきわめて重要な問題であると考えられる。したがってここでは、債権者の追及を免れる目的でなされた譲渡は、一三二一条によつては処理されず、**fraude** であるがゆえに無効とされるということを指摘するにとどめ、虚偽表示確認の訴えについては1—5で検討する。

(105) Req. 25. 7. 1876, DP. 1878. I. 123; Req. 3. 12. 1878, DP. 1879. I. 271.これらは、贈与を、債務負担していることの承認という形式でなした事例である。贈与者の無効の主張に対し、判旨では、**fraude** がないことを条件として贈与が有効であると認められている。

(106) 一一六七条一項は詐欺行為取消権を規定する。二項は、相続の章に定められた債権者の権利に関しては債権者はその定めに従う旨を規定する。そして八八二条は、共同相続人のうちの一人の債権者は、共同相続人の相続財産の分割に関して、その分割に対し異議を唱えることができる旨を規定する（この点につき、松坂佐一『債権者取消権の研究』（一九六二年、有斐閣）一〇九頁参照）。

(107) par. ex. Req. 27. 11. 1844, D. 1845. I. 39, S. 1845. I. 284; Civ. 17. 11. 1890, D. 1891. I. 25, S. 1894. I. 399; Civ. 27. 12. 1926, S. 1927. I. 111; Req. 7. 5. 1929, S. 1929. I. 258; Req. 22. 1. 1930, S. 1930. I. 215; Dijon 24. 6. 1885, D. 1886. II. 226. V. Dagot, op. cit. n°282.

(108) たとえば、Dijon 24. 6. 1885, *prc.*がこのことを明確に述べているとされている（Dagot, op. cit. n°282.）。それによれば「債権者は、完全な遺産分割に対し、それが債権者の権利に対する詐欺であつても異議を唱えることはできないという民法八八二条、一一六七条による禁止は、真実の遺産分割に対してのみ適用される。法が与える法律効果は真実の行為には与えられるが、遺産分割がみせかけに他ならず、もっぱら共同相続人のうちの一人の債権者から債権の担保を奪う目的でのみなされている場合には与えられない。」

(109) もっとも、判例上古くは虚偽表示と詐欺行為とは混同されていたようである（Dagot, op. cit. n°281.）。そのような状況の下では、債権者が債務者のなした行為を **fraude** であると主張することは、すべて詐欺行為取消権の行使に他ならないとされよう。しかし、現在ではこの混同は否定されている（Dagot, op. cit. n°56 et s., n°281; Demogue, op. cit. n°162; *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°92.）。なお、虚偽表示と詐欺行為の混同を否定することが、即座に後述の虚偽表示確認の訴えが固有の対象を持

っていることを認めることにはつながらない。混同を否定しつつも、この訴えが本訴の準備手続にすぎないとする立場もある (Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, 7 éd., n°1201 bite 1.)。この問題は1—5で検討する。

(110) Dagot, *op. cit.* n°275 et 282; *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°93 et 94. 松坂・前掲注(106)一一一頁。虚偽表示確認の訴えについては、前掲注(92)および1—5参照。

(111) 1—2二参照。

(112) *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°23 において、⑤の判決がとりあげられている。そして⑤の場合は、行為の全体が *fraude* の意思により動機づけられている場合であり、無効であることが確実な場合であるとされている。

(113) この意味では、ここでいう虚偽表示とは、当該行為が *fraude* であると判断された結果その行為に名づけられる名称にすぎないようにも思われる。

(114) Dagot は、*fraude* とは虚偽表示の場合の虚偽であること (*fictivité*) の証明の一要素であるという (Dagot, *op. cit.* n°281.)。こう解するならば、ここで当該行為が無効とされるのは、それが虚偽であるからということになろう。確かに Dagot のいうように *fraude* が用いられている場合もある。それは、遺留分権利者の権利を侵害する目的で贈与を他の有償行為により仮装した場合である。この場合判例は、一三二一条を適用し、秘密行為が贈与であることを明らかにした上で減殺に服せしめている (Civ. 13. 12. 1859, S.1860. I. 624; Req. 17. 7. 1906, S.1908. I. 167; Civ. 11. 4. 1927, DP. 1929. I. 25; Req. 1. 6. 1932, DP. 1932. I. 169; Req. 11. 12. 1934, S.1935. I. 63; Trib. civ. de Quimper 3. 2. 1938, DP. 1938. II.107.)。これらの判決の中でも *fraude* という言葉が用いられている。ここではそれは、外形行為が虚偽であることを証明する一要因として働いているのである。しかし、同じような事例であっても、*fraude* であることを理由に減殺にとどまらず無効とされた場合もある (Civ. 3. 11. 1896, D. 1897. I. 584; Req. 3. 8. 1920, S.1921. I. 27; Civ. 11. 4. 1959, *prc.* (②))。ここではそれは、行為を無効とするための要件として働いているのである。したがって、Dagot のようにはいえない場合もあるのではなかろうか。本文の場合は少なくとも、虚偽表示との判断と *fraude* であるとの判断は不可分に結び付いていると考えられる。

なお、遺留分侵害の目的で贈与を他の有償行為により仮装した場合に一三二一条を適用し、秘密行為が贈与であることに疑問がある。というのは、事案を検討すると、有償行為が仮装された贈与であるとされているのは、実は対価が支払われていないという事情によるためであり、有償行為を贈与とみることは事実認定の問題にほかならないと解することができるのではないと思われるからである。日本民法はこの問題に関し、一〇三九条で規定しており、不相当な対価をもってした有償行為を贈与とみなしている。

(115) *fraude* であるかが問題とはならないような場合でも、たとえばある行為をなすことを依頼し被依頼人名義で第三者と契約を結ぶことを認めていた場合 (後述六 (イ) 参

照)に、第三者が依頼者に対し請求をなす場合には、第三者は虚偽表示確認の訴えを提起することができるとされている (Dagot, op. cit. n°289.)。

三 不動産賃借人を妨害するためになされた行為に関する事例

(i) わが国の判例の整理において、不動産賃貸人が、賃借権に対抗力が備わっていないことを利用して、不動産を他に譲渡し、譲受人が賃借人に明渡しを請求する事例があることを指摘した(116)。フランス民法は、一七四三条で、農地または家屋の賃貸借につき賃貸人が賃借物を売渡したときでも、賃貸借が公正証書または正確な日付のある証書によっている場合には、買主は賃借人に明渡し請求をなしえない旨を定めている。フランスでも、このような証書を欠く賃貸借の場合に問題が生じる。しかし、賃貸人のなした売買を虚偽表示であるとして賃借人の保護をはかるといった処理はなされていない。賃借人の保護は、買主が売買当時、賃貸借の存在を知っていた場合に一七四三条の適用を拡大するという方法ではかられている(117)。このように処理する以上、買主における賃貸借存在の知、不知を越えて、売買が虚偽表示によるものか否かを問う必要はない。また、このように処理することは、賃借権の対抗力自体に内在する問題を、売買が真実意図されたものであるか否かにより区別することなく、賃借人保護の観点からとらえ、買主においてまったく予期せぬ賃貸借だけを排除すれば足りるとするものであり、合理的と思われる(118)。

(ii) その他フランスでは、農地賃借人が賃貸人に対して有する農地の先買権(119) (droit de pmption) を妨害する目的で、賃貸人が農地の交換をする場合がある。先買権があるのは有償譲渡の場合に限られるので、賃貸人は交換という形で先買権を妨害しようとするのである。この場合に、賃貸人が、この交換は実は売買を仮装したものにはかならないとして交換の無効および先買権を主張した事例がある (⑥)。

⑥ Soc. 13. 5. 1949, D. 1949. 477.

FはJに農地を賃貸していたが、Jに対しその解除を申し入れた。Jは同意し、一九四六年九月二九日に賃貸借は終了することになっていた。ところがFは、同年七月この農地をH所有の農地と交換した。Jは賃貸借解除の合意を取り消して、九月二四日、この交換の無効を主張して農事賃貸借調停裁判所(tribunal paritaire de baux ruraux)に提訴した。同裁判所は、この交換は売買と同一に取扱わなければならないものであるとし、交換の無効およびJがHに代わって農地を取得することを判示した。しかし破毀院社会部は、農地の交換はそれが **fraude** なく成立している限り先買権から免れるとし、破毀差戻した。

この判決では、交換契約は **fraude**(120)でない限り有効であるとされている。破毀院は、交換契約をするにあたっての当事者の目的を検討し、それが **fraude** をするためであるのならば交換を無効とすれば足り、交換で売買が仮装されているか否かは、**fraude** であるか否かの判断において考慮されればよいと考えていると思われる。したがって、交換の無効を判断するにあたっては、一三二一条が適用されるのではなく、交換の効力のみが問題とされていると解することができよう(121)。

(iii) (a) なお、不動産の売買で、売主が買主を妨害する目的で不動産につき賃貸借契約を締結しておいた事例がある(122)。その判旨によれば、売主が賃借人と共謀し、不動産の自由な使用を売買後も売主においてなさしめようとしてなされた虚偽表示または *fraude* が存在する場合には、一七四三条(123)の適用なく、買主は賃貸借を対抗されないとされている。これは、虚偽表示という言葉を用いているものの、賃貸借契約が当事者間でいかなる目的で締結されたかを問題としているにほかならず、秘密契約の効力を問題とするのではないので、一三二一条により処理した事例ではない。

(b) また、家屋の賃借人が賃貸人を妨害する目的で賃借家屋を交換した事例がある(124)。判旨によれば、一九四八年九月一日法七九条は、家屋賃借人が家族の便宜のため、占有する家屋を交換することを認めているが、本件では交換の対象となった家屋を賃貸人が占有していないとし、そうであるからにはこの交換は、同法七八条で禁止された賃借権の譲渡を仮装するものであり無効であるとされている。しかし、ここで賃借権の譲渡が仮装されているとされたことの意味は、単に、実際の占有がないということを通じて、交換を譲渡であると認定したことの表現にすぎないと解することができるのではなかろうか。

(iv) 結局、以上の事例においては、秘密契約が存在するか否かまたはその効力を問題とするまでもなく事案の解決がなされているのであり、一三二一条を問題にする必要はないと思われる。

ただし、前述二の場合と同様の問題は残されたままである。すなわち、ここでの事例にとって、一三二一条の意味で虚偽表示か否かを問題とする必要はないとしても、ii および iii (a) の事例では、*fraude* であるか否かが問題とされている。とくに iii (a) の事例では、虚偽表示と *fraude* は並列的に述べられているので、虚偽表示による無効の主張が *fraude* を要件として認められているとも考えうる。このような意味での虚偽表示を認めることができるか否かは、フランスの虚偽表示を考えるにあたっての重要な問題であることは前述した(125)。ここでは二の場合と同じように、虚偽表示が問題とされる場合であっても、当該行為が無効であるとされるその実質的な理由は、*fraude* であるからであるということを指摘するにとどめる。

(116) 1—2 三 (ロ)。

(117) Hubrecht, *Juris-classeur civil*, art. 1708 à 1762, n°57 et s.; Mazeaud, *op. cit.* t. III (vol.2) , n°1088.

(118) 一七四三条の適用を拡大する傾向について述べておこう。以下の記述は、*Juris-classeur, pérç.*; Mazeaud, *op. cit.* n°1088 による。本文でも述べたように、賃貸借が一七四三条にいう証書によっていない場合でも、不動産の買主がその賃貸借の存在を知っている場合には、一七四三条の適用が拡大される傾向にある。①ただ、原則として、買主が賃貸借の存在を単に知っているというだけでは、買主は賃貸借を対抗されない (Soc. 10. 1. 1963, Bull. 1963. n°47. p.38; Planiol-Ripert-Esmein, *Traité*

pratique de droit civil français, t. VII, n°1485; Aubry et Rau, op. cit. § 756.)。②しかし、状況によっては、買主が賃貸借の存在を知っているだけでよい。一七四三条は、実際より以前の日に賃貸借が締結されたことにして買主に危険を与えることを防止しようとする規定であるから、買主の側で明示または黙示に証書の欠缺を主張することを放棄する場合には、一七四三条が適用される。このような観点からして、次の場合には買主は賃貸借を対抗される。(a) 買主が賃借人に賃料の受取証を交付したとき。(b) 売買契約書に売却不動産が賃貸されている旨が記載されているとき。(c) 競売において、競落人が競落物にいかなる負担が付いているかについての帳簿をみることにより、賃貸借の存在を知りうべきとき。③さらに最近では、賃借人は、買主がその取得前に賃貸借の存在を知っていたということを立証して買主の悪意をあばくことができ、そのときは賃貸借に正確な日付があるのと同じことになるとする判決も現れているようである (Civ. 12. 3. 1969, Revue des loyers 1969. p.281.ただし、原文を入手することができなかったので、Mazeaud. op. cit. n°1088による)。

これらによれば、一七四三条の適用が拡大されるためには、買主が賃貸借の存在を知っておりかつ認容しているとみられる状況があることが必要とされるところから出発しつつ、取得前に賃貸借の存在を知っていたときには取得の際に賃貸借を認容しているとされる傾向にあるのではないかと思われる。

(119) 一九四五年一〇月一七日の命令 (Ordonnance) (一九四六年四月一三日法、一九四七年四月九日法による改正がある) は、農地賃貸借に関し、賃借人の耕作に安定的状態を与えようとして、賃貸人による農地の有償譲渡の場合に先買権を認めている (木村健助・柳瀬兼助『仏蘭西民法 (IV) 現代外国法典叢書 (17)』(一九四一年、有斐閣) 二七九頁参照)。

(120) 前述二参照。

(121) Dagot は、前掲注(114)のように、ここでも、*fraude* とされることにより交換で売買が仮装されていることが明らかとなると解しているようである (Dagot, op. cit. n°101.)。しかし、そうであるなら⑥の判決では原審の判決を破毀差戻すまでもなかったであろう。また、農地の無償譲渡契約が有償契約を仮装するものであるか否かが争われていない事例でも、判例は *fraude* でなければ譲渡契約が有効であるとしている (Soc. 3. 1. 1952, D.1952. 433. 一贈与に関する事案。Ch. reunies 3. 7. 1957, D. 1958. 185.——交換に関する事案)。

(122) Soc. 19. 2. 1953, D. 1953. Somm. 52.

(123) 前述 (i) 参照。

(124) Soc. 5. 10. 1956, Bull. 1956. IV. n°716. p.534.

(125) 前述二。

四 課税回避または税の軽減をはかるためになされた行為に関する事例

税の軽減をはかるため、契約において実際に合意された価格を隠匿する行為については、特別法により規制がなされている。すなわち、租税一般法典 (Code général des impôts) 一八四〇条は次のように規定する。「司法関係職株(126) (office ministériel) の譲渡契約において取決められた価格の増額を対象とする反対証書および、不動産売買または営業財産もしくは顧客権 (clientèle) の譲渡または不動産の全部もしくは一部についての賃借権もしくは賃貸借の予約権の譲渡の価格の一部を隠匿することを目的とする合意および、不動産または営業財産または顧客権を内容とする交換または遺産分割の補足金(127) (soulte) の全部または一部を隠匿することを目的とする合意は、無効である(128)。」

(i) 司法関係職株の譲渡の場合

価格を増額する反対証書は無効である。譲渡契約は、正式の任命があった後は、反対証書の無効に影響を受けず有効である(129)。任命前に反対証書が無効とされたときは、譲渡契約も無効となる。このように任命があったか否かで区別をするのは、原則的にいえば、当事者の意図においては秘密の合意が譲渡の衝動的で決定的な (impulsive et déterminante) 原因であるから、それと譲渡契約とは不可分のものであり、両者共無効となるべきところ、この譲渡契約は当事者の意思のみに委ねられておらず、資格の授与は政府の権限であるところから、いったん任命がなされたならばその効果を維持させようとするためである(130)。譲受人は、反対証書による増額分を支払う必要はなく、すでに支払ってしまっているときは返還請求ができる(131)。

(ii) その他の場合

不動産売買、営業財産または顧客権の譲渡、不動産賃借権または賃貸借の予約権の譲渡、不動産・営業財産・顧客権を内容とする交換または遺産分割の場合である。一八四〇条の適用が多いのは、不動産売買および営業財産の譲渡の場合であるといわれている(132)。民事面においては、価格（または補足金）を増額する反対証書は無効である。譲受人に、価格の隠匿をあきらかにすることを奨励するためであるとされている(133)。例外的に反対証書が全行為の衝動的で決定的な原因であるときは、外形行為も無効となる(134)。この場合には、当事者の意図において、合意は一つしかないと考えられるからである(135)(136)。無効が反対証書のみにとどまる場合、譲受人は増額分を支払う必要なく、すでに支払っているときは返還請求ができる(137)。税の面においては、罰金が課せられる（租税一般法典一八二七条）。価格を増額する反対証書が無効としても、増額分の二倍の罰金が課せられるため、実際上税収が減ることはほとんどない(138)。また、税務署には、外形行為の価格よりも一〇%多い価格を支払って自らが買主となることのできる先買権が認められている（租税一般法典一九〇四条）(139)。

(iii) 以上の場合と異なり、次の場合には一八四〇条は適用されない。

(a) 外形行為の価格の方が、実際合意された価格よりも多い場合。たとえば、国から低金利の金融を多く得るため（融資額は価格のパーセントで計算される）になされる(140)。この場合は、税収は増えこそすれ脱税がなされるのではない。

(b) 税金を減らすため、価格の割り当てを行う場合。たとえば、不動産と動産を買い、価格総額はそのままにしておいて、不動産価格を低くし、動産価格を高くする場合である。この場合には、価格の全体はくい違ってないことおよび秘密性がないことから一八四〇条は適用されない(141)。

(c) 契約の性質を変更する場合、たとえば、売買代金の支払いを消費貸借契約とする場合である。この場合には、もっぱら税の面だけで処理され、税金を二倍払わなければならないことになっているにすぎない(142)。

以上のことから、脱税に対するフランスの制度はおおむね次のようであるといえよう。すなわち、(イ) 行為の全体が当事者の一つの合意に基づく判断される場合には、行為は全体として無効とされる。(ロ) 反対証書だけが無効とされる場合には、外形行為はそのまま有効なものとして取扱われる。(ハ) 租税一般法典一八四〇条の適用を受けない行為については、外形行為がそのまま有効となる。

結局、虚偽表示に関する一三二一条による処理はなされていない。そして、外形行為を当事者の意図に基づくものとして取扱う結果となっているのである。

(126) この訳語は、稲本・前掲注(6)一五四頁における訳語を使わせていただいた。

(127) 交換において交換を等価にするために支払う差額金および遺産分割において分配を等しく行うために余分に分配を受けた者が他の者に支払う差額金をいう。遺産分割に関しては、フランス民法八三三条参照。交換に関しては規定はない。

(128) 一九一二年二月二七日財務 (finance) 法七条が、一九五〇年四月六日のデクレにより租税一般法典一七九三条となり、一七九三条が、一九六五年一二月三日のデクレにより一八四〇条となった (V. Juris-classeur civil, art. 1321, n°31; Dagot, op. cit. n°189; Mazeaud, op. cit. t. II n°816; Weill-Terré, op. cit. n°571.)。

(129) Civ. 10. 7. 1929, DH. 1929. 442.

(130) Juris-classeur civil art. 1321, n°47.

(131) Juris-classeur civil, art. 1321, n°48 et s; Weill-Terré, op. cit. n°571.

(132) Dagot, op. cit. n°112.

(133) Dagot, op. cit. n°189.

(134) Juris-classeur civil, art. 1321, n°56; Mazeaud, op. cit. n°816; Dagot, op. cit. n°166 et n°191; Req. 19. 4. 1937, DH. 1937. 284; Civ. 28. 6. 1956, D. 1956. 19.

(135) Juris-classeur civil, art. 1321, n°56.

(136) この場合を広く認めることに対しては、譲受人が反対証書の無効を主張しなくなり、結果的に税法の規定の効力が弱められることになるという批判がある (Dagot, op. cit. n°166.)。

(137) Weill-Terré, op. cit. n°591; Mazeaud, op. cit. n°816; Dagot, op. cit. n°189. 次の判決はこれに反対する。Req. 29. 4. 1941, DC. 1943. 74, DA. 1941. 309 (すでに支払って

いるときは、返還請求権を放棄したものであるとする); Civ. 4. 8. 1952, J.C.P. 1952. IV. p.158 (譲受人からの転得者は反対証書の無効を主張しえないとしたもの) しかしこれらの判決は、反対証書の無効が絶対無効であることを考慮していないとして批判されている (Dagot, op. cit. n°190.)。

なお、増額分をすでに支払った不動産の買主は、売主が外形行為での価格を基礎として、一二分の七を越える損害を被ったと主張し売買の取消しを請求した場合 (民法一六七四条による) には、増額分を支払っているのだから損害はないと主張することはできない (Req. 10. 12. 1930, DH. 1931. 17; Weill-Terré, op. cit. n°571; Dagot, op. cit. n°193.)。

(138) Dagot, op. cit. n°192; Juris-classeur civil, art. 1321, n°33.

(139) Juris-classeur civil, art. 1321, n°57; Weill-Terré, op. cit. n°571; Mazeaud, op. cit. n°816.

(140) V. Dagot, op. cit. n°107.

(141) V. Dagot, op. cit. n°110.

(142) V. Dagot, op. cit. n°109. 一九六五年一二月三日のデクレ以前は一七九五条で規定していた。新法における条文を確認することができなかった。

なお、贈与を売買の形で仮装したような場合に、事実認定の問題として、意図するところと外形は一致している (間接贈与) とされることがある。前掲注(104)参照。

五 不動産の保全、管理の目的でなされた行為に関する事例

(i) わが国の判例の整理においては、不動産の保全または管理のため、登記名義を他に移転する事例があることを指摘した(143)。フランスにおいては、虚偽表示に関する判例をみる限りではこのような事例を見い出すことはできなかった。その原因の一つと考えられるのは、不動産登記制度の違いである。すなわち、わが国では登記は対抗要件にすぎない (民法一七七条) ものの、実際上の不動産取引にあつては登記は重要な意味を持ち、登記を現に有しない売主から不動産を買うにあたっては、買主は、登記をめぐる何らかのトラブルが生じ得ることをも予想していなければならないと思われる。それは、わが国では登記につき共同申請主義をとっている (旧不動産登記法二六条一項 [現一六条一項]) ため、売主が現に登記を有していないということは、登記名義人が何らかの事情で売主に登記を移転しないということを予想させるからである。逆にいえば、不動産を売却しようとする者にとって登記を有していないことは、売買をなすことへの障害となると思われるので、登記名義を所有者から他の者に移転しておくことにより不動産の保全をはかることは、実際上実効性があると思われる。これに対しフランスでは、わが国のような共同申請主義をあらわした規定はなく、不動産の買主は、売買があればそのことだけをもって (たとえば代金未払いでも) 単独で登記申請をなすことができる。したがって、登記が不動産売買において占める実際上の意義は、わが国に比して低いといえる。占有については、他

の者も同時に占有しているということはあるが、登記については、いくつもの登記が存在しうる。このことは、不動産の譲渡があったとして登記をしておくことにより不動産の保全をはかろうとしても、その実効性は低いことを示すのではなかろうか(144)。

(ii) しかし、フランスでも、不動産保全の目的を有していながら、寄託という形式を利用したのでは目的が達せられないため、やむをえず他の契約の形式をとる場合が存在しないわけではない。判例に現れた事例としては、第二次大戦中、ユダヤ人がドイツによる財産掠奪を防ぐため、他と賃貸借契約を結んでいることにしておいた事例がある (⑦)。

⑦ Civ. 20. 12. 1948, Bull. 1948. n°348. p.1057.

第二次大戦中、ユダヤ人Gは、ドイツによる掠奪から家屋を守るため、Pとの間で賃貸借契約を結んだ。Gは、ドイツ軍撤退後Pに対し明渡しを請求した。破毀院民事部は、当事者の目的は掠奪から財産を守ることであるとの事実審判事の認定を受け、賃貸借契約は虚偽のものであるとしてGの請求を認めた。

この判決では、賃貸借契約が虚偽であることを理由として明渡請求が認められている。戦後のフランスで、ドイツの掠奪を防ぐという目的が、不法なものとされることはないであろう。とすると、ここでは賃貸借が虚偽であることのみを理由として明渡請求が認められたのである。秘密契約の存否または内容は明らかではないが、掠奪防止という目的がもはや達成されたことを考慮して返還請求を認めたと解することができるのではなかろうか。

(iii) わが国の判例の整理では、不動産を保全する目的でなす登記名義の移転を虚偽表示と構成するものと信託的譲渡と構成するものとに分けることに疑問があることを述べた(145)。フランスにおいて唯一、信託行為 (*acte fiduciaire*) として区別されているのは、信託的継伝処分 (*substitution fidéicommissaire*) とよばれるものである(146)。これは一種の負担附の贈与または遺贈であり、民法八九六条二項によれば「受贈者、設定相続人または受遺者に対して、与えられた物を保全してさらにこれを第三者に伝える義務を負わせる処分」である。義務者は、現実的には管理権をもつ者であるが、民法の規定によりこの処分は特殊なものとなっている。すなわち、この処分は原則的には禁止されており (八九六条一項)、例外的にいくつかの要件をみたす限りにおいてなすことができる (一〇四八条以下)。その中でここで関連するのは、形式上の要件である。つまり、継伝される財産が不動産である場合には、登記をなすことを要し (一〇六九条)、登記を欠くときは第三取得者はその登記の欠缺を主張することができる (一〇七〇条)。そしてその場合、第三取得者は、その財産が継伝された財産であることを知っていてもかまわない (一〇七一条)。これは虚偽表示とは区別されているが、それは民法に特別の規定が存するからにはほかならないのである。

(143) 1—2五。

(144) もちろん、先に登記していることを主張して対抗問題としての争いが生じうることは考えられる。しかし、不動産の保全が目的とされている場合には、いわば事前に、

売買契約が締結されること自体を防止しようとしているのであって、その意味で実効性が低いと思われる。

(145) 1—2五(ii)。

(146) フランスでも、信託行為という概念は一般に認められている (Demogue, *op. cit.* n°159.) が、具体的な場合として念頭に置かれているのはこの場合のみのものである (V. Dagot, *op. cit.* n°33.)。

六 権利名義人が一定の行為をなすことを可能にするためになされた行為に関する事例
わが国の判例の整理においては、事例を当事者の目的に従って、(イ) 本人のために一定の行為をさせる目的の場合 (ある権利の取得を依頼するにあたり被依頼人名義で取得することを許す場合を含む) と、(ロ) 権利名義人に信用を付けさせる目的の場合とに分けて検討した(147)。ここでもそれに従って検討する。

(イ) 本人のために権利名義人に一定の行為をさせる目的で権利名義を移す場合 (ある権利の取得を依頼するにあたり被依頼人名義で取得することを許す場合を含む)

(i) フランスでは、この事例は、《*prête-nom*》(名義人) の事例として処理されている。*prête-nom* の合意とは、「ある者が、他の者のために、第三者と法律行為をすると約束し、約者間では、実際にはその行為が他の者によりなされることを了解している契約(148)」である。*prête-nom* (名義人) は、自己の名で行為をするので、代理とは異なる。しかし、これがいかなる性質を持つかについては、二つの方向から問題にされている。一つは虚偽表示との関係であり、他は委任 (*mandat*) との関係である。

すでに述べたように(149)、虚偽表示の態様の一つに行為の主体の仮装 (*interposition de personne*) がある。この場合がいかなる場合であるかについては「契約当事者の一人が、外見上その者の計算で、しかし実際には第三者の計算で契約を締結する場合(150)」とされているので、*prête-nom* と同じではないかという疑問が生ずる。学説は一般に、概念としては両者を区別し、その基準として、*interposition de personne* は、契約の相手方も自己と契約する者が実際には他の者の名義人であることを知っている場合であり、*prête-nom* は、そのことを知らない場合であるとしている(151)。しかしこのように区別した後、いかなる問題として処理するかにつき見解が分かれる。そして、*interposition de personne* だけが虚偽表示であり *prête-nom* は委任であるとする見解(152)と、両者とも虚偽表示であるとする見解(153)とがある。このような相違が生ずるのは、虚偽表示といえるためには、虚偽表示を行うことにつき当事者間に合意があることが必要であると考えるか否かによるとされている。すなわち前者にあっては、その合意を必要とし、*interposition de personne* では契約の相手方が、自己と契約する者が実際には他の者の名義人であることを了解しているので虚偽表示であるが、*prête-nom* では一方的な隠匿があるにすぎないので虚偽表示ではないとされる、というのである(154)。しかし思うに、この見解の対立を考える以前に、どの行為をとらえて虚偽表示であるというのかという問題があるのではなかろうか。すなわち、

この議論が、虚偽表示であるためにはそれについての合意が必要か否かという問題としてなされているとするならば、そこで虚偽表示の当事者と考えられているのは、名義を借りた者（本人）および、名義人と契約した者である(155)。しかし、虚偽表示であるか否かが問題となるのは、名義を借りた者（本人）と名義人との間の行為、つまり、契約の本来の当事者は自分であるのに、他の者の名前を借りて他の者に権利名義を移し、または他の者の名義で権利を取得することを許す行為ではなかろうか。このように考えると、両者の違いは、名義人による契約の相手方、すなわち第三者が善意か悪意かにすぎないように思われる。

しかるにフランスの学説においても、最近では両者を区別して扱わない見解が現れるに至っている(156)。とくに Mazeaud は、*prête-nom* の合意は *interposition de personne* による虚偽表示の一場合であると述べ、虚偽表示の当事者は名義を借りた者（本人）と名義人であり、契約の相手方は第三者であると考えていることを明確に述べている(157)。もともと *interposition de personne* と *prête-nom* とを区別する見解でも、両者の効果の相違について述べているものは見あたらなかったが、ここにおいて *prête-nom* の位置づけおよび効果が明確にされた。すなわち、*prête-nom* の合意の効果は、虚偽表示に関する一三二一条に従い次のようになる。当事者（名義を借りる者〔本人〕と名義人）間では、*contre-lettre* すなわち実際の合意が効力を有する。したがって当事者の関係は委任の関係になる(158)。第三者に対する関係では、第三者が真実を知っているか否かにより区別される。真実を知っている第三者には当事者間の実際の合意の効力が及ぶ結果、委任と同じになる。真実を知らない第三者は外形行為の効力を主張することができる(159)。

判例においても *interposition de personne* と *prête-nom* とは概念上は区別されているようであるが(160)、最近の判決には両者とも虚偽表示であるとしているものがある (⑧)。

⑧ Civ. 11. 2. 1976, Bull. 1976. n°64. p.51.

AはTから家屋を取得した。そしてAは遺言により孫Cにこの家屋を遺贈した。他方、Aの息子Jはある会社の取締役社長であったが、その会社は破産し、その効果はJ個人にまで及んだ（請求の内容は不明であるが、Jの債権者からの請求で、AはJの *prête-nom* であるか否かが争われたものと思われる）。原審が、Jが真実の家屋取得者であり、AはJの *prête-nom* であると判示したのに対し、Jは上告し、原審は家屋の売買証書は偽装されたものであるというが、虚偽表示といえるためには売主Tとの共謀がなければならないと主張した。破毀院民事部は、虚偽表示という言葉は *prête-nom* にも適用されるとし、売主Tとの共謀は必要でないとして上告を棄却した。

また、効果の点においても、*prête-nom* が虚偽表示とは区別される特別の効果を持つことを示した判決例は見あたらず、破毀院は一貫して虚偽表示に関する規定を適用しているといわれている(161)。

(ii) 当事者の関係は委任になることを述べたが、この委任の性質につき判例が分かれているといわれている。そして、*prête-nom* の場合の委任は単なる委任ではなく、法律効

果が名義人に帰属するという特殊な委任であるとしている判決例として次のものがあげられている(162) (⑨⑩)。

⑨ Req. 25. 1. 1864, DP. 1864. I. 282.

遺産管理人が、相続人から相続財産を譲り受けるために名義人をたてて相続財産に対する権利を買ったが、その代金を支払う前に死亡してしまった事例である。破毀院審理部は、売主は買主が実は *prête-nom* であるということを知っているにもかかわらず、売買の効果は名義人に帰属するとし、売主の買主（名義人）に対する代金不払いを理由とする契約の解除を認めた。

⑩ Req. 4. 7. 1922, S. 1924. I. 286.

他人の名義を借りて株式申込みをしていたところ、名義人がその株式を他に売却してしまった事例である。買主は、売主が実は名義人にすぎないことを知っていた。破毀院審理部は、委任者は名義人の行為により義務を負わないとして、株式売買に対する異議の申立てを認めた。

これらの判決は、第三者が悪意であるにもかかわらず、法律効果が名義人に帰属するもののように見える。しかしこれらの事案を検討すると、名義人のなした行為および第三者が、契約をなす者が名義人であることを知っていたという内容には違いがあることがわかる。すなわち、⑨で名義人のなした行為は、*prête-nom* の合意をなすことにより達成しようとした目的に従った行為であり、第三者が悪意だというのは、この事情を知っていたことなのである。これに対し⑩で名義人のなした行為は、*prête-nom* の合意により達成しようとした目的を逸脱する行為であり、第三者はこの逸脱を知っていたのである。わが国の判例の整理において、当事者の意図するところがそのまま達成されている場合には、当事者間の行為および名義人がなした行為を無効とする必要はなく、そのまま有効なものとして扱うこと、および当事者の意図するところを越える行為が名義人によりなされた場合には、善意の第三者のみが保護されることが合理的と思われることを述べた(163)。⑨⑩の判決は、法律効果が名義人に帰属するという構成をとりながら、その実、これらの場合を区別しているといえよう。そして⑨では当事者の意図したところとおりに行為がなされた場合に法律効果を名義人に帰属させたのであり(164)、⑩では意図したところを越える行為がなされ第三者が悪意である場合に第三者を保護しなかったのである。結局、以上のことは、*prête-nom* の合意を当事者の実際に意図したところと関連づけ、合理的な解決をはかろうとしたことの現れにほかならないのではなかろうか。

(iii) 判例に現れた具体的な事例を述べておくならば次のようである。

(a) 不動産の買入れを依頼して、被依頼人名義で権利を取得することを認めている事例（前述⑧⑨の事例）。

わが国の判例には、このような場合に九四条二項を類推適用するものがあつたが(165)、フランスでは、*prête-nom* の一場合であるとして、一三二一条の適用により処理されているのである。これは、依頼人と被依頼人との間に実際の合意があることに着目していることの現れである(166)。

(b) 株式の申込みにあたり、被依頼人名義で株式を取得した事例（前述⑩および⑪）。

⑪ Colmar 3. 4. 1957, D. 1957. 625.

(c) 債権取立てのために被依頼人に債権を譲渡した事例（⑫⑬⑭⑮）。

⑫ Req. 5. 4. 1880, D. 1881. I. 13, S.1881. I. 31.

父と子が互いに相手に対して債権を有していたが、相殺せずに子が名義人を立てて父から債権の支払いを受けた事例である。父はその後破産し、その破産管理人は支払額の返還を求めた。破産院審理部は、一般的にこのような場合は *prête-nom* の場合であるとした上で、本件では第三者に損害を与えるためになされているので *prête-nom* の設定を認めることはできないとし、支払額の返還を命じている。

⑬ Civ. 21. 6. 1897, S. 1899. I. 308.

債務者が、名義人に対してなした支払いを無効であると主張したが、それを否定した事例である。

⑭ Douai 21. 12. 1853, D. 1854. II. 164.

⑮ Caen 7. 5. 1895, D. 1897. II. 201.

⑭、⑮は、債務の弁済順序の決定にあたり、債権者のうちの一人が名義人を立てた場合、他の債権者は、名義人に対し、本人に対して有する抗弁を主張することができるとした事例である。

ここで注目できるのは、債権取立てのための債権譲渡の事例が、わが国の判例・学説では虚偽表示とは区別される信託的譲渡の事例と構成されている(167)のに対し、フランスでは *prête-nom* すなわち虚偽表示の一場合であるにとらえられていることである。

(iv) *prête-nom* の合意は、第三者に損害を与えるものでないことまたは *fraude*(168)でないことを条件として有効であるが(169)、法律の規定により名義人を用いることが禁止されており、名義人を用いた場合には契約が無効とされる場合がある。

(a) 名義人を用いて競落することの禁止（民法一五九八条）。次の者がこの規定の適用を受ける。後見人が被後見人の財産について、受任者が売却の委託をうけた財産について、公有財産の管理者が公有財産について、官吏が職権で売却される公有財産についてである。また、一九四五年一二月一九日のデクレー三条により、公証人はいかなる場合でも名義人を用いることができないとされている(170)。

(b) 受諾無能力者に財産処分をするため名義人を用いることの禁止（民法九一条）。受諾無能力者とは、姦生子または乱倫子（近親相姦による子）（*enfants adultérins ou incestueux*）（九〇八条三項）、患者との関係での医師（九〇九条）をいう。内縁の夫または妻には九一条の適用がないと解されている(171)。九一条二項により、受諾無能力者の父母、子、その他の直系卑属、配偶者が受諾無能力者の名義人とみなされる。この規定は、受諾の制限であって、無能力者が処分することの制限ではない(172)。契約が無効とされたことによる効果は原状回復である(173)。

(c) 夫婦間の贈与につき名義人を用いることの禁止（民法一〇九九条二項）。夫婦間の

贈与は常に取り消し得る（一〇九六条）という規定がある以上、本条の目的は、それと同じではなく遺留分権利者の保護である(175)。一一〇〇条により、配偶者の前婚の子、配偶者が法定相続人となっている血族（配偶者がその血族より先に死亡した場合も含む）が配偶者の名義人とみなされる。効果は絶対無効であって、遺留分侵害となる部分の減殺だけにとどまらない。内縁の夫婦には本条は適用されない(176)。

（v） 以上述べてきたところによれば、フランスでは、名義人を用いて一定の行為をしようとする場合は、虚偽表示に関する規定により処理されているということができよう。

（ロ） 権利名義人に信用を付けさせる目的で権利名義を移す場合

わが国の判例の整理によれば、当事者がこのような意図をもって不動産の所有名義を移転または債権を設定する事例がいくつかあった(177)。フランスでも当事者が同様の意図を有している場合があるのではないかと予想できるが、判例上このような事例を見い出すことはできなかった。また学説上もとくにこのような場合につき述べるものは見あたらなかった(178)。ただ学説は、一三二一条の適用により保護される第三者として、債権の譲受人を含めており(179)、このことにつき特別の留保を付していないことからすると、このような場合にも一三二一条が適用されるのではないかと一応予想できる。

しかし、後述の融通手形に関する判例の態度(180)からみて、債権の設定がいかなる目的でなされたとしても一三二一条が適用されるものとは解しがたく、債権者となる者に信用を付けさせる以上にその者の資力を保護する目的でなされている場合は、債権の設定は保証を実現するものとしてそのまま有効とすれば足りると思われる。

(147) 1—2六。

(148) Mazeaud, op. cit. t. III. n°1430.

(149) 1—3。

(150) Planiol-Ripert-Esmein, op. cit. n°333 note(2).

(151) Planiol-Ripert-Esmein, op. cit. n°333 note(2); Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, op. cit. n°801; Rieg, op. cit. n°489; Juis-classeur civil, art. 1321, n°2; Bredin «Remarques sur la conception jurisprudentielle des actes simulés», R.T.D.C. 1956, n°13 et 14.

なお、名義人がなす行為が有償行為か無償行為かで区別し、有償行為の場合が *prête-nom* であるとする立場もある（*Trasbot*, *Encyc. Dalloz de Droit Civil* «*interposition de personne*», n°2.）が、受け入れられていない。

(152) Rieg, op. cit. n°489; Bredin, op. cit. n°13 et 14.

(153) Planiol-Ripert-Esmien, op. cit. n°333 note(2).

(154) Dagot, op. cit. n°117. Dagot 自身は、合意を必要としないとの立場から、両者を区別する実益はないという。

(155) *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°2 では、名義人と契約した者は、*interposition de*

- personne では虚偽表示の当事者であるが、prête-nom ではそうではないとされている。
- (156) Mazeaud, op. cit. t. II. n°807, t. III. n°1430; Carbonnier, op. cit. n°39; Weill-Terré, op. cit. n°567.なお、Juris-classeur civil, art. 1321, n°2 は、両者とも simulation であるとしているが、prête-nom の合意は contre-lettre (反対証書) ではないとしている。こう解するのは本文で述べたように、名義を借りた者（本人）と契約の相手方との間で虚偽表示であるか否かを問題にする考え方が残っているためであると思われる。
- (157) Mazeaud, op. cit. t. III. n°1430.
- (158) 単なる委任なのか特殊な委任なのかにつき判例が分かれているが、それについて後述（ii）参照。
- (159) V. Mazeaud, op. cit. n°1430.
- (160) V. Juris-classeur civil, art. 1321, n°2.
- (161) Juris-classeur civil, art. 1321, n°2.なお、当事者間の目的が不明であるため本文では取り上げないが、名義人が抵当権を設定した場合の抵当権者を一三二一条の第三者としているものに次の判決がある。Req. 20. 7. 1910, DP. 1910. I. 392, S.1915. I. 174; Req. 1. 5. 1939, DH. 1939. 371, DC. 1941. 123.
- (162) Dagot, op. cit. n°119.
- (163) 1—2 六（ii）。
- (164) Mazeaud が、第三者は真実の状態を知っていても名義人を契約の相手方とすることができるとし、その理由として、名義人は名義人となることに同意し、その実行を保証しているからであるとするのは（Mazeaud, op. cit. n°1430.）、名義人が目的に従った行為をなした場合についてのことではなかろうか。
- (165) 1—2 六（v）。
- (166) なお、当事者間で合意された外形とは異なる外形が名義人によって作出された場合につき、わが国の判例には九四条二項、一一〇条を類推適用しているものがあつた（前掲注(65)）。フランス民法にはわが国の民法一一〇条に相当する規定がなく、一一〇条のような場合は、判例、学説上 mandat apparent（表見委任）として議論されている（V. Mazeaud, op. cit. t. III, n°1391.椿寿夫『注釈民法（4）』（一九六七年、有斐閣）一三〇頁参照）。したがって、わが国の前記の場合につき一三二一条と併せて他の条文を適用するということはないと思われる。判例上このような事例は見あたらず、学説上もとくにふれられていないが、名義人により作出された外形はもはや当事者の共謀によるものとはいいがたく、一三二一条を適用して作出された外形が善意の第三者に対してはそのまま効力を有するといっても、その外形自体が勝手に作出された不完全なものである以上、表見法理による解決をはからなければならないのではなかろうか。
- (167) 1—2 六（iii）。
- (168) fraude の意味については、前述二参照。
- (169) Dagot, op. cit. n°180.前述⑫の判決参照。

(170) Décret du 19 décembre 1945 pour l'application du statut du Notariat. V. Dagot, op. cit. n°187.

(171) Dagot, op. cit. n°196. その他、一部無能力者（私生児一九〇八条、未成年者一九〇四条）が九一条の適用を受けるかについては、判例はこれを肯定する（Bordeaux 12. 6. 1876, S.1877. II. 12.反対、Dagot, op. cit. n°198.）。

(172) Dagot, op. cit. n°197.

(173) Dagot, op. cit. n°202.

(174) そもそも贈与を隠す必要がないのに隠すのは、遺留分を侵害するためと推定される。また、隠すことには税法上の利益もない（夫婦間では、一般に贈与を隠す行為にかかる税のほうが高額である）。Dagot, op. cit. n°207.

(175) 減殺にとどまるとすると、一〇九九条一項（遺留分を侵害する範囲での間接的な財産譲渡を禁じている）と二項の差がなくなる。

(176) Civ. 3. 2. 1960, Bull. 1960. I. n°77. p.64; Dagot, op. cit. n°207.

(177) 1—2六。

(178) 不動産の場合には、前述五の不動産保全の目的の場合に述べたように、わが国との登記制度の違いから、問題とされる場合があまりないのではないかと推測される。

債権の設定の場合については、当事者の意図が信用を付けさせることではない事例は判例上みられる。Req. 25. 7. 1876, DP. 1878. I. 123; Req. 3. 12. 1878, DP. 1879. I. 271.一当事者の意図は贈与である事例。判旨は虚偽表示の理論に従うとしているが、最近では判例上も虚偽表示とされず間接贈与とされていることに注意しなければならない（前掲注(104)参照）。Civ. 15. 5. 1944, D. 1944. 86.一売買代金の支払いを消費貸借とした事例。判旨は債権の譲受人を一三二一条により保護している。ただし、税の軽減の目的の場合（前述四参照。外形行為がそのまま有効となる）とは異なり、売買代金額と消費貸借の額との間に差がある場合である。

(179) Juris-classeur civil, art. 1321, n°64; Dagot, op. cit. n°150.

(180) 後述八。

七 債権者に債権の担保を提供する目的でなされた行為でありながら担保権設定行為ではない形式をとる行為に関する事例

わが国では、この場合は譲渡担保の問題として議論されている。わが国の判例の整理においては、譲渡担保の場合は虚偽表示と構成し九四条により処理することができるのではないかという疑問を述べた(181)。フランスにおける譲渡担保に相当する事例の処理の仕方は、わが国とかなり異なっている(182)。すなわち、債権者が買主となって買戻権付売買（vente à réméré）または再売買の予約を締結し(183)、債務の弁済がないときには債権者に売買の目的物を取得させる旨の取り決めをなす場合について、フランスの判例は、流質契約（pacte comissoire）の禁止（二〇七八条—動産、二〇八八条—不動産）、質権設定の

要件としての質権者における目的物の占有（二〇七六条—動産、二〇八五条—不動産）の規定に違反するとしてその契約の効力を認めていない（⑩⑪⑫⑬⑭）。

⑩ Limoges 18. 6. 1888, D. 1889. II. 240.

債務者Rは、債権者Bに対し土地、家屋を買戻権付で売却した。売買価格は債務額と同額であった。また同時にその土地、家屋に賃借権が設定され、Rが賃借権者となった。賃借期間は買戻権行使期間と一致していた。賃料は債務額の利息と同額であった。固定資産税、火災保険金はRが負担する取り決めであった（RとBの争いであるが、請求の内容は不明）。リモジェ控訴院は、売買価格の低さ、買戻権の存在、売主の再賃借ということからみて、この契約は真実の買戻権付売買ではなく、流質契約を伴った不動産質権付の金銭消費貸借であるとし、二〇八八条を潜脱するものとして無効であるとしている。

⑪ Com. 24. 10. 1956, Bull. 1956. III. n257. p.221.

S会社は、M会社の資本についての持分をM会社の所有者から買った。代金支払いは、M会社がS会社に振出していた手形の返還でなされることに決められていた。売主は一定期間買戻権を行使できたが、それがなされなかったためS会社は手形を返還した（売主がS会社に対し訴え提起。請求内容不明）。原審は、買戻権付売買の外見の下で質権の設定を伴う金銭消費貸借と流質契約が隠されているとし、売買契約を無効としたが、S会社は上告し、流質契約は無効とされても、質権設定自体が無効とされることにはならないと主張した。破毀院商事部は、原審の認定に基づき、このような場合には契約は全体として無効となるとしている。

⑫ Grenoble 13. 11. 1891, D. 1892. I. 310.

AはBに家屋を買戻権付で売却した。Aはその家屋を賃借し占有していたが、買戻期間内に買戻しが行われなかったため、BはAに対し家屋の明渡しを請求した。グルノーブル控訴院は、当事者の目的は借金の担保とすることであるとし、買戻権付売買は質権設定契約の効果を持つとした上で、占有の移転がないから無効である（二〇八五条）としている。

⑬ Civ. 21. 3. 1938, DH. 1938. 257.

L（債務者）はF（債権者）にブドウ酒三七七樽を売った。代金はその日に支払われた。しかし、売買と同時に、一定期間内にLはFと再売買をしなければならない旨が決められた。また後日、ブドウ酒の樽は売られたものではなく、Fが代金として支払った金銭の返済の担保であり、Fに質として提供されたものにすぎない旨を内容とする証書がLF間で作成された。Lは破産し、その管財人はこの売買の無効を主張した。破毀院民事部は、質権の設定が売買という外形の下で隠されているとした上で、流質契約の禁止（二〇七八条二項）に違反することおよび、ブドウ酒の樽の引渡しが行われておらずFが占有していないこと（二〇七六条）を理由として質権の設定を無効としている。

⑩⑪は流質契約であることを、⑫は占有が移転していないことを、⑬は両方を理由としている。このような契約は《contrat pignoratif》（買戻権付売買の形式でなす質権設定契約）とよばれ(184)、その徴標として次のことがあげられる。（１）売買価格が非常に低いもので

あること。(2)売主が売買の目的物を賃借していること。(3)買主が高利貸であること(185)。そしてこのような契約は、質権設定契約を仮装するものであるとされた上で、質権に関する規定を潜脱するものであり無効とされるのである(186)。学説も、このように考えることに賛成する見解が多い(187)。ただし判例は、一方で質権の規定を厳格に解し、その適用が拡大されることを避けている(②①②②③④⑤)。

② Civ. 13. 7. 1891, S.1891. I. 571.

すでに抵当権を設定している不動産を目的物として抵当権者との間でさらに買戻権付売買をなした事例。破毀院民事部は二〇八八条の適用がないといっている。

① Civ. 8. 6. 1955, Bull. 1955. I. n°239. p.205.

債務を返済しなかったときは、それをもって返済にあてるとして手形を買戻権付で売却した事例。破毀院民事部は、債務額と手形の額とが同じであるとし、この契約は停止条件付の売買契約で有効としている。

② Civ. 5. 2. 1958, Bull. 1958. I. n°78. p.63.

抵当権者に対し抵当不動産を買戻権付で売却した事例。質権の設定を仮装したものとは認められないとしている。

③ Com. 17. 2. 1958, Bull. 1958. III. n°75. p.61.

債務者が有しているある会社の株を債権者を買戻権付で売却した事例。債務者はその会社の取締役であったが、それを辞職して株を売却していることからみて、この売買が債権担保の目的であるとはいえないとしている。

④ Civ. 17. 11. 1959, D. 1960. Somm. 37.

(事案不明) 質権の設定と同時に締結されたものでなければ、二〇七八条が禁ずる流質契約ではないとしている。

⑤ Civ. 26. 12. 1961, D. 1962. 381.

事案は、債権担保のための不動産の買戻権付売買である。原審が安易に二〇八八条を適用して契約無効としたのに対し、破毀院民事部は、そうなるためには債務者が不動産につき有している本質的な特権が剥奪されていることの指摘が必要であるとして破毀差戻している。

このように、原則としては質権の規定の潜脱とされるものの、例外的には潜脱行為ではないとされる傾向がある。ここで関心が持たれるのは、潜脱行為ではないとされた場合の処理である。その場合にも二通りあり、当事者が外形どおりの意図を有しているとされる場合もある(188)(①③④がそうだと思う)が、当事者の目的が債権の担保であることを前提としつつも潜脱行為でないとされる場合もある(②②⑤がそうだと思う)。前者では、外形行為はそのまま有効となろうが、後者では、(前記の事例は外形行為に基づいて取引関係に入った第三者との間で争いが生じた事例ではないが、もしそのような事例であるならば)仮装された担保権の設定契約として虚偽表示に関する一三二一条の適用が問題となるのではなかろうか(189)。このことは、わが国において譲渡担保を虚偽表示と区別し

た理由の一つが、質権に関する三四五条、三四九条の適用を排除することにあつたと思われることと照らし合わせて考えると、それらの規定の適用を制限するならば、譲渡担保を虚偽表示と構成してさしつかえないのではないかとの疑問を再び想起させるものである(190)。

(181) 1—2七。

(182) フランスにおける譲渡担保の取扱いについての紹介として、高木多喜男「特集譲渡担保第一部比較法—フランス法」私法二一号一六八頁がある。そこでは特別法の紹介が中心的になされているが、ここでは民法上の取扱いについてのみ検討する。

(183) 判例上は買戻権付売買としてなされた事例が多いが、再売買の予約の形でなされた事例もある（後述⑩の判決）。

(184) V. par. ex. Limoges 18. 6. 1888, préc. (⑩) ; Grenoble 13. 11. 1891, préc. (⑪) ; Civ. 8. 6. 1955, Bull. 1955. I. n°239. p.205 (⑫) ; Civ. 26. 12. 1961, D. 1962. 381 (⑬) .

(185) V. par. ex. Limoges 18. 6. 1888, préc.; Grenoble 13. 11. 1891, préc.; Dagot, op. cit. n°96.

(186) V. par. ex. Com. 24. 10. 1956, préc. (⑭) .

(187) Dagot, op. cit. n°96; Planiol-Ripert-Becqué, Traité pratique de Droit civil français, t. XII, n°122 et 298; Voirin. note au D. 1962. 381.

なお、この契約は担保という間接的な目的を持つ実際に意図された行為であるとして、いわば担保権的構成をとり、質権設定契約を仮装するものととらえることに反対する見解もあるようである（Ligeropoulos, 《le problème de la fraude à la loi》, Thèse Aix, 1928, n°88; J. Rousseau, 《essai sur la notion juridique de simulation》, Thèse Paris, 1936, n°55 et s.ただしこれらについては入手、参照することができなかったのDagot, op. cit. n°96から引用した）。しかし、当事者の目的が担保であると認めることは、この見解に限られないのであり、この見解の趣旨は、質権の規定の適用を排除することにあると思われる。

(188) なおフランスでは、売買における代金の支払いを担保するため、売買契約ではなく売買予約を締結し、あわせて賃借権を設定する（買主が賃借人となり、賃料名義で代金を支払う）場合がある。この場合に判例は売買を認定している（Req. 19. 3. 1935, S.1935. I. 294; Req. 12. 5. 1936, S.1936. I. 389.）。しかしこれは虚偽表示の問題ではなく、契約の性質の判断の問題にほかならないと思われる。

(189) 高木・前掲注(182)一六九頁では、無効とされない場合ならば虚偽表示として取扱われることになる旨が述べられていると思われる。

(190) 1—2七参照。

八 融通手形に関する事例

わが国の判例の整理において、融通手形も虚偽表示の一場合と考えられるのではないかということ、および融通手形に関する具体的な問題の解決は、九四条の解釈にも示唆を与えるのではないかということを述べた(191)。したがって、フランスにおいても融通手形に関していかなる構成がなされているかを検討しておこう。

フランスでは、融通手形 (*effet de complaisance*) は良い融通手形 (*bon effet de complaisance*) と悪い融通手形 (*mauvais effet de complaisance*) とに分けて議論されている(192)。良い融通手形は、わが国でいう隠れた保証(193)に相当すると思われ、保証 (*cautionnement*) を実現するものであり有効であるとされることに今日では異論がないようである(194)。悪い融通手形については議論がある。悪い融通手形とは、手形の署名者間または署名者と指図人間に存する関係について第三者を誤らせることを予定し、当事者の意図においては、融通者に手形金の支払いを請求しえない手形であると定義されている(195)。従来はこれを無効とする主張が盛んであった(196)。しかし、この主張には次のような批判がある。第一に、悪い融通手形を無効とすることにより第三者の保護がはかられなくなる。融通者被融通者間での償還請求を排除するためだけならば、これを無効とする必要はない(197)。第二に、融通者は被融通者の役に立とうとする意図を有しているのであって、原因を欠くのではない(198)。こうして、悪い融通手形を虚偽表示ととらえるべきことが主張されている(199)。そして、近時の判決も、もはや無効とはせず虚偽表示として処理しているように思われる (2627)。

②⑥ Com. 17. 2. 1959, Bull. 1959. III. n°87. p.77.

為替手形の振出人（被融通者）が銀行にそれを割引いてもらい、銀行が引受人（融通者）に手形金の支払いを請求した事例。破毀院商事部は、銀行はこの手形の作成に関与している者であり、引受人が決して支払いをしないということも知っていたにもかかわらず、事情を承知の上で利益を得るために危険を受け容れたのであるとして、請求を認めなかった。

②⑦ Com. 11. 3. 1959, Bull. 1959. III. n°132. p.122.

事案はとほぼ同じである。破毀院商事部は、手形の引受人は信用を与えようとしたのであって、手形債務の支払いを銀行に保証しようとしたのではないとし、銀行はそのことを知っていたとして請求を認めなかった。

これらの判決では、悪い融通手形といえども、無効と判示されておらず、悪意の第三者に対して手形金の支払請求を認めていないにすぎないのである。これは悪い融通手形を虚偽表示ととらえた場合の一三二一条適用の帰結と異ならないのではないかと思われる(200)。

(191) 1—2八。

(192) Roblot, *Les effets de commerce*, n°618; Dagot, *op. cit.* n°98; Lescot et Roblot, *Les effets de commerce*, t. II, n°960; Ripert-Roblot, *Traité élémentaire de Droit commercial*, t. II, 6 éd., n° 2246.

(193) 隠れた保証とは、手形に信用を付けさせる目的ではあるが、手形保証（手形法三〇

条以下)の形をとらず、振出や裏書の形をとる場合をいう(鈴木・前掲注(81)三〇五頁注(1)、大隅・河本・前掲注(81)二六二頁)。

(194) Roblot, op. cit. n°622; Dagot, op. cit. n°98; Req. 12. 3. 1928, S.1928. I. 361.

Req. 12. 3. 1928 の事案は次のようである。手形振出人に対して、手形を割引いた金融業者が手形金の支払いを請求した。破毀院審理部は、純粹に虚偽の融通手形と合法的で有効な原因を有する融通手形とは区別されなければならないとし、本件での振出人の意思は連帯保証をなすことであり、この手形により保証が実現されているとして、手形金の支払いを命じた。

(195) Roblot, op. cit. n°618; Lescot et Roblot, op. cit. n°958; Dagot, op. cit. n°98.

(196) ①振出人が支払人のもとに手形資金(provision)を有していないことを理由とするものとして、Ripert-Roblot, op. cit. n°2248.しかしこれは、約束手形の場合を念頭に置いていないこと、および資金があることは為替手形の有効要件でないことを理由に批判されている(Roblot, op. cit. n°621; Dagot, op. cit. n°162.)。②原因(cause)の欠缺を理由とするものとして、par. ex. Req. 8. 2. 1892, S. 1892. I. 197; Req. 21. 3. 1910, D. 1912. I. 281.③虚偽の原因(cause fausseté)を理由とするものとして par. ex. Montpellier 26. 1. 1927, DP. 1928. II. 163.④民法六条、一一三条(公序良俗、不法の原因)を理由とするものとして、par. ex. Roblot, op. cit. n°621; Paris 16. 11. 1888, D. 1889. II. 253; Paris 9. 8. 1904, S.1905. II. 144.

(197) Dagot, op. cit. n°162.なお Roblot は前掲注(196)の④の見解をとりながら、善意の第三者保護については、手形が形式的要件を備えていることを理由にこれを肯定する(Roblot, op. cit. n°625.)。しかし Dagot は、そうするくらいならば後述のように虚偽表示と考えるべきだと批判する(Dagot, op. cit. n°162.)。

なお、前掲注(196)で掲げた判決が悪い融通手形を無効とした実際上の理由は、悪意の第三者を排除するためであったと考えられる(V. Dagot, op. cit. n°162.)。

また、無効としながら、第三者に対しては不法行為を理由として保護を与えた判決もある(Nancy 25. 2. 1890, D. 1890. II. 347; Toulouse 1. 12. 1898, D. 1899. II. 379.)。しかしこれに対しては、過失を要件としなければならないことは、手形のもつ資格授与的効力を失わしめるものであるとの批判がある(Dagot, op. cit. n°162.)。

悪い融通手形を完全に有効なものと考えることに対しては、逆に、悪意の第三者まで保護されてしまうことおよび、手形金を支払った融通者は、被融通者が金銭的に裕福になったときには支払った金額の支払いを請求できるということを認めることができなくなることを理由に反対がなされている(Roblot, op. cit. n°620.)。

(198) Roblot, op. cit. n°621; Dagot, op. cit. n°162; Lescot et Roblot, op. cit. n°970.

(199) Dagot, op. cit. n°162.なお、Roblot の立場でも、効果の点からすると、虚偽表示と構成するのと異ならないように思われる(V. Roblot, op. cit. n°625 et s.)。

(200) Dagot は、これらの判決が悪い融通手形を虚偽表示と構成したものであると解して

いる (Dagot, op. cit. n°162.)。

まとめ

以上の検討から明らかにしえたのは次の点である。

(一) フランスで虚偽表示という言葉で語られる事例は多く存在するが、それらのすべての場合に一三二一条が適用されているわけではない。それは、まず一三二一条の第一の特徴のゆえである。一三二一条は、表示された外形と一致しない秘密の合意の存在を前提とする(201)。したがって、当事者の合意と外形とが一致していると考えられる場合または外形以外の秘密行為が存在しているといえない場合には、一三二一条による問題の処理がなされているとはいえない。具体的にいうならば、それは一、二、三の場合であった。これらでは、当事者により表示された外形の効力だけが問題とされ、あるいは有効（三の場合の（i））、あるいは不道德な原因に基づくこと（一の場合）または *fraude*（不正行為）であること（二および三の（ii）（iii）の場合）を理由に無効とされるのではないかと思われる。また、特別法により一三二一条が適用されなくなっている場合もある。それは四の場合であった。そこでは、当事者により表示された外形を当事者の実際の合意に基づくものと取扱うことにより問題の処理がなされているのではないかと思われる。

(二) こうして一三二一条により処理されまたは処理される可能性のある場合は、五、六、七の場合（五、七の場合はわが国と状況が異なることを述べた）に限られるのではなかろうか。さらにここでは、虚偽表示であるからといって当事者により表示された外形が無効とされてはいない。それは、一三二一条の第二の特徴のゆえである。一三二一条は、外形行為と秘密行為を並存（*coexistence*）させ、秘密行為の第三者に対する効果のみを規定する(202)。したがって当事者間においても、外形行為は当事者の意図したところとまったく切り離されて存在するのではない。当事者は、外形行為の形式をもって秘密行為を実現することができる（その反面として善意の第三者が外形行為を主張するリスクを負うのである）。具体的にいうならば、それは六の場合に現れていた。すなわちこの第二の特徴は、当事者が当初意図したままに事態が進行した場合には、表示された外形の効力は維持されるという形で生かされていると思われる。

(三) わが国において信託的行為であるとされている事例のうち、譲渡担保に相当する事例以外は、一三二一条により処理されていることが明らかとなった（五、六の場合）。譲渡担保に相当する事例が一三二一条で処理されていないのは、信託的行為として虚偽表示と区別するからではなく、状況の違いにより脱法行為と解されるためであった。また、融通手形についても、これを虚偽表示ととらえようとする傾向がみられた（八の場合）。

以上のようなフランスにおける一三二一条の取扱いは、1—2において提示した疑問に重要な示唆を与えるものである。すなわち、一三二一条が念頭に置いている事例とは、当事者がその意図するところを実現するために、その実現のための適正な行為を利用せず、意図するところを実現する以上の外形行為を利用した場合であるといえるのではなかろう

か。

ただここで注意しなければならないのは、このようにいえるのは、前記のフランス民法一三二一条の二つの特徴を前提としてのことである。フランスにおける虚偽表示が、(税法等の特別法は別として) この一三二一条のみで問題とされるといえるのでなければ、一三二一条をわが国の九四条の理解に参照するといってもそれは不十分なものである。この意味からすると、虚偽表示確認の訴え (*action en déclaration de simulation*) がいかなるものかを検討することが必要である。後述のように、この訴えは、条文上の根拠をもたないにもかかわらず、一三二一条の二つの特徴からはなれて、外形行為が虚偽表示によるものであるか否かのみを問題とする。したがってこれは、フランス民法が外形行為の効力につき規定していないことを補うものとしての役割を果しているとも考えられる。とすると、フランスの虚偽表示は一三二一条だけでなくこの訴えをも含んだ形で構成されているということになる。したがって、次にはこの訴えを取扱い、フランスにおいてこの訴えが何故必要とされるか、一三二一条とどのような関係にあるか、わが国においてもフランス同様の必要性があるといえるのかを検討する。

(201) 1－3。

(202) 1－3。

1－5 虚偽表示確認の訴えの位置づけ

一 問題の所在

ここまでのフランスにおける虚偽表示の検討は、フランス民法一三二一条を主たる対象として行ってきた。一三二一条の規定の仕方は、前述のように(203)、次の二つの点の特徴とする。第一に、一三二一条が適用されるためには、外形行為と一致しない秘密の合意が存在している場合でなければならない。第二に、一三二一条は、外形行為と秘密行為を並存させており、外形行為の効力については規定していない。このことから、私見では、当事者が実際に意図したところは、外形行為を一定の範囲で利用することにより、すなわち、実際の意図に合致する範囲で利用することにより、その目的が達成されるのではないかと考え、その限りでは外形行為を無効と構成する必要がないのではないかと考えてきた。

ところがフランスでは、虚偽表示に関しては、一三二一条とは別個に虚偽表示確認の訴え (*action en déclaration de simulation*) が解釈上認められている(204)。これは「実際の状態が、外見的に意図されている状態と異なることを証明することに利益を有するすべての者による訴え」(205)であり、外形行為を対象として、それが実際に意図したところとくい違うかを問題にする。これに対しては次の点が検討されなければならないであろう。すなわち、この訴えは一三二一条とどのような関係にあるのであろうか。もし、この訴えが外形行為の効力を問題にするものであるとするならば、一三二一条が秘密行為の効力のみ

を規定し、外形行為の効力については何ら規定していないことと矛盾しないのだろうか。この訴えが、外形行為の効力を秘密行為の効力と切り離して、外形行為を無効とするものであるとするならば、これまで述べてきた点、すなわち、当事者の実際の意図と外形行為を関連づけてとらえ、当事者の意図に合致する範囲では外形行為を無効と構成する必要がないとはいえなくなるからである。この疑問に対する回答として考えられるのは、次の三つである。第一は、この訴えは一三二一条とは異なり、秘密行為、外形行為の効力を決するものではないととらえることである。たとえば、この訴えは一三二一条による本訴を提起するための準備段階としての意味を有し、一三二一条でその効力が判断されるところの虚偽表示であることを明らかにするという性格をもつにすぎないととらえるのである。第二は、この訴えも虚偽表示の効力に関する訴えであり、一三二一条が秘密行為の効力に関する規定であるのに対し、この訴えは外形行為の効力に関するものであるととらえることである。たとえば、この訴えは一三二一条が外形行為の効力につき規定していないことを補うものであり、外形行為を無効としたりは不存在と確認するという性格をもつととらえるのである。第三は、この訴えは一三二一条とは関係がない、すなわち虚偽表示確認の訴えというけれどもその独自性はなく、他の訴えの一適用に他ならないととらえることである。たとえば、この訴えは損害賠償の訴えまたは債権者代位権ないし詐害行為取消権の一適用にすぎないととらえるのである。これらのうち、第一と第三の場合には、これまで外形行為は秘密行為と合致する範囲内において無効とされる必要がないと述べてきたことと矛盾するものではない。しかし、第二の場合には、外形行為は虚偽表示であることを理由に無効（または不存在）とされることになるだろう。これはこれまで述べてきたことと矛盾する。したがって次には、この訴えの意義を検討し、一三二一条との関連を明らかにしなければならない。

(203) 1—3 参照。

(204) *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°91 et s.; *Dagot, op. cit.* n°273 et s. 多くの教科書がこの訴につき言及するが、とくにここで掲げたものに詳しいのでこれらのみを引用する。

(205) *Dagot, op. cit.* n°274.

二 虚偽表示確認の訴えの性格

(一) 虚偽表示確認の訴え (*action en déclaration de simulation*) は、明文の規定がないにもかかわらず、その存在が認められること、虚偽表示に関する訴えであり、外形行為が当事者の実際に意図した行為ではないことをあきらかにしようとするものであることについては、異論はない。しかし、さらに進んでこの訴えが認められたことによる効果がいかなるものであるかについては争いがある。そして、それはこの訴えの性格をどのように理解するかにかかわっている。この訴えの行使の条件、時効等についても(206)、性格のと

らえ方に応じて理解されることになる。

この訴えの性格をどのようにとらえるかについて、次のような見解の対立がある。

(イ) 固有の目的を持つことを否定する見解(207)

この訴えは、本訴 (*action principale*) の準備手続にすぎない、とする。この訴えが、物的にも人的にも本訴と同じ性質を有していると考えからである(208)。しかしこの見解は次のように批判されている(209)。第一に、この訴えを認め、かつ特別の規律に服せしめてきた判例の態度と矛盾する。第二に、本訴を提起するまでもなく、この訴えだけで解決される事案がある。たとえば、虚偽表示をなすこと自体が無効原因である場合または秘密行為が存在しない単なる虚構 (*fiction*) が問題である場合である。このような場合には、本訴までも提起することは有益ではない(210)。第三に、当該行為が虚偽表示によると確認された場合には、争いの当事者がそれ以上争わず、和解等をする場合がありうる。すなわち、これらの批判は、この見解が虚偽表示確認の訴えと本訴との関連を指摘するのはよいとしても、そうであるからといって虚偽表示確認の訴えの独自性がないわけではないというのである。

(ロ) 損害賠償の訴えであるとする見解(211)

古くには、この訴えは虚偽表示の被害者による損害賠償の訴えであるとする見解があったようである。しかし今日では、この見解は次のようにして排除されている(212)。第一に、訴えの利益として、原告が損害を被っているということは必要でないこと、第二に、虚偽表示をなすことは、原則として合法的なものであるから、これをなすにつき過失 (*faute*) があるとはいえないこと、である。

(ハ) 不存在確認の訴え(213) (*action en déclaration d'inexistence*) または無効の訴え(214) (*action en nullité*) であるとする見解

前者は、外形的な合意が存在していないということの確認を求める訴えであるとし、後者は、外形行為が無効であるとの訴えとする。このように解するならば、前述のように、この訴えは虚偽表示の効果に関する訴えであり、一三二一条が外形行為の効力につき規定していないことを補うものであるということになろう。しかし、これらの見解も次のように批判されている(215)。第一に、無効の訴えまたは不存在確認の訴えというのは、瑕疵はあるがしかし実際になされた行為を前提としている。しかし虚偽表示の場合はそのような場合でない。第二に、外形行為は第三者に対しては効力を生じるのであるから、無効または不存在なのではない。無効または不存在であるとしながら、第三者に対しては効力があるとする 것도可能でありうるが、そのためには法がとくにそのように規定することが必要である。第三に、不存在確認の訴えであると考えることができるのは、単なる虚構 (*fiction*)、すなわち行為の全体が虚偽である場合に限られるのであって(216)、部分的に虚偽表示である場合にはそういえない。虚構表示でない部分をも消滅させる性格をこの訴えが持つとは考えられないからである。第四に、不存在という概念がフランス法上存在しうるかどうかにについては見解が一致しているわけではなく、またその有用性についても問題がないわけ

ではない(217)。すなわち、これらの批判は、この見解が虚偽表示確認の訴えの独自性を認めるのはよいとしても、外形行為の効力ないし存否についてまで影響を与えるものであるとするのは妥当でないというのである(218)。

(二) 外形行為が対抗しえないものであることについての訴えであるとする見解(219)

これは、この訴えの効果を詐害行為取消権の効果と同じように考え(220)、訴えを提起した者に対しては外形行為をもって対抗しえないこととするものである。しかし、次のような批判がある(221)。この訴えの性格がかようなものだと考えられない。というのは、論者がいう対抗しえないこと (*inopposabilité*) はまさに一三二一条自体が規定していることなのであって、そこでは秘密行為をもって対抗しえないとされているのである。しかるにこの訴えによってあきらかにしようとするのは秘密行為なのであり、秘密行為を主張することに利益を有する者が訴えを提起するのである。すなわちこの批判は、対抗しえないということが問題となるとしたらそれは秘密行為についてであり、それはこの訴えにより秘密行為を主張する場合ではないというのである。

(ホ) 真実の回復 (*le rétablissement de la réalité*) を目的とする訴えであるとする見解

この見解が多数説である(222)。これによれば、虚偽表示確認の訴えは、独自性を有しており、本訴を提起するための準備手続にとどまらない。しかし、虚偽表示の効力に関する訴えではなく、効力については一三二一条のみが関与しうる。また、虚偽表示の効力に関するものでないだけでなく、虚偽表示により被った損害の賠償を請求する訴えでもない。すなわち、訴えを提起した者が実際に利益を得ようとするならば、さらに本訴 (*action principale*) を提起する必要がある。この見解は、虚偽表示確認の訴えの目的を真実の回復であるとするにより、訴えの独自性を保持させるとともに、虚偽表示に関する民法上唯一の規定である一三二一条の内容を何ら修正、補充するものではないとしているのである。

以上のような性格のとらえ方から、虚偽表示確認の訴えの提起の要件が導かれる。すなわち、原告となりうる者は、真実をあきらかにすることに利益を有する者すべてである。虚偽表示の当事者も原告となりうる(223)。また、条件付・期限付の債権者であってもよい。この訴えが保全の性質 (*caractère conservatoire*) を有するからだといわれている(224)。訴えの利益は金銭的利益であることを要しない(225)。この訴えが認められたことによる効果は真実の回復であるが、それだけでは訴えを提起した者が保護されないので、通常はさらに本訴を提起する必要がある(226)。なお判例は、この訴えが三〇年の時効にかかるとしている(227)。

以上のことから、虚偽表示確認の訴えは、多数説に従う限り、外形行為を無効とし、または不存在と確認するための訴えではないといえることができる。したがって、この訴えを認めることと、虚偽表示においては外形行為は秘密行為と合致する範囲において無効とする必要はないということとは、矛盾しない。

(二) しかし、この訴えの性格を真実の回復のための訴えであるとする多数説にも疑問

がないわけではない。多数説によれば、この訴えは、本訴を提起するための準備手続でもなく、虚偽表示の効力に関する訴えでもない。しかしそれにもかかわらず、この訴えは保全の性質を有し、たいていの場合にはこの訴えを認容することは、訴えを提起した者がさらに本訴を提起することを許すことのみを意味するとされている(228)。また、この訴えにおける訴えの利益とは真実を回復することに対する利益であるが、それは結局、本訴を提起できる可能性があるか否かである(229)。

このようにみてくると、この訴えは本訴のための準備手続にとどまらない独自の意義を有しているとはいえないのではないかと疑問が生ずる。

また、効果の点においても疑問が生じる。多数説によるこの訴えが認められたことによる効果は、外形の消滅 (*anéantissement de l'apparence*) と真実の回復 (*rétablissement de la réalité*) である。外形は、価値のない単なる事実 (*simple fait sans valeur*) となる(230)。

このようなとらえ方に対しては、この訴えを虚偽表示の効果に関する訴えではないとしておきながら、結局は、外形行為を無効とする効果を認めているのではないかと疑問が生ずる。

これらの疑問に対しては、虚偽表示の態様とされるもののうち、単なる虚構 (*fiction*) の作出の行われる事例について(231)検討する必要がある。というのは、この場合こそが、虚偽表示確認の訴えは本訴の準備手続にすぎないとする見解に対し、多数説がこの訴えの独示性を示す場合としてあげられる場合であるからである(232)。また、この訴えの効果に関する疑問もこの場合に顕在化する。というのは、この場合と異なり、この訴えとともに本訴の提起が予定される場合には、この訴えが認められることは本訴の提起を許すことを意味するにすぎないとされているため(233)、外形行為の効力は實際上問題とならないと考えられるからである。

(三) 多数説は、虚構 (*fiction*) の作出の行われる場合には虚偽表示確認の訴え以外にさらに本訴を提起する必要がないという。すなわち、この場合には真実を回復させるならば、虚構の背後には何も隠されていないことが明らかとなるのであり、結果としてそれ以上に本訴を提起することに有益性はないというのである(234)。

虚構の作出が行われる場合で当事者の債権者がこの訴えを提起するときは、詐害行為取消権の行使と似かよってくるが、この訴えの独自性を認めるとの立場から両者は区別されている。すなわち、詐害行為取消権は当事者が実際に意図した行為を対象とするのに対し、虚偽表示確認の訴えはそうではない。詐害行為取消権は、当事者が実際に意図した行為に異議を唱えて他人の資産に干渉することを意味するがゆえに、虚偽表示確認の訴えよりも要件が厳しい(235)。

以上のような多数説からすれば、虚構の作出の場合には作出されている外形は、虚偽表示であることを理由にその効力を否定されるという結果になる。しかし、虚構の作出の場合に虚偽表示確認の訴えを認めた判決例を具体的に検討すると、当該行為の効力が否定されたのはそれが虚偽であるからという理由以外の実質的理由があったように思われる。す

なわち、虚構の作出であるとされる場合を1—4で整理、検討した判決例についていうならば、一の場合の不法な目的を達成するためになされた行為(236)、二の場合の債権者の追及を免れるためになされた譲渡(237)、三の場合の(ii)農地賃貸人が賃借人に対して有する農地の先買権を妨害する目的でなす農地の交換(238)、(iii)(a)不動産売主が買主を妨害する目的でなす不動産賃貸借(239)であった(240)。

これらでは、当該行為は無効であるとされている(241)。しかし、そこで無効とされる実質的な理由は、当該行為が不道德な原因に基づくものであること(242)または *fraude* (不正行為) であること(243)であった。すなわちこのような場合、判例は、確かに虚偽表示確認の訴えにより当該行為の無効を認めているものの、逆に、不道德な原因ないし *fraude* がない場合には、当該行為を有効としているのである(244)。多数説は虚構の作出の行われる場合にこの訴えの独自性が現れるとするが、それは当該行為が不道德な原因に基づくものまたは *fraude* である場合にいえるのではないかと思われる。

fraude は元来詐害行為取消権の要件としての「詐害」を意味した(245)。現在では詐害行為取消権と虚偽表示確認の訴えとは区別されている(246)。しかし、当該行為が *fraude* であるとの認定を経由して虚偽表示確認の訴えが認められている事例は、債権者が原告となり債務者のなした行為の効力を争うという点において、詐害行為取消権の行使の場合と具体的事案を同じくする(247)。また、両者が異なるのは、詐害行為取消権の要件が虚偽表示確認の訴えには課せられないという点であるが、逆に虚偽表示確認の訴えの要件で詐害行為取消権には課せられないといったものはない(248)。確かに、虚偽表示確認の訴えでは当該行為が虚偽であることの証明が必要であるが(249)、虚構の作出の場合にはその証明の要素となるのは当該行為が *fraude* であることだとされており(250)、これは實際上詐害行為取消権における「詐害」の証明と異ならないといえよう。結局この場合、虚偽表示確認の訴えは詐害行為取消権の機能を拡大させるものとして働いているのである(251)。

(四) このように虚偽表示確認の訴えがその独自性を発揮するといわれる虚構の作出の行われる場合は、実質的には当該行為が不道德な原因に基づくものであることまたは不正な行為という意味での *fraude* であること、あるいは詐害行為取消権の機能拡大の意味での *fraude* であることを理由に無効とされる場合であるといえよう。このことは、わが国の判例の整理、検討のなかで指摘したこと、すなわち、公序良俗に反する目的を達成するためになされた行為は民法九〇条により、債権者の追及を免れるためになされた譲渡は九〇条または詐害行為取消権により処理することが合理的ではないかということと附合するといえるのではなかろうか。

(206) 後述 (ホ) 参照。

(207) Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, II, 7 éd., n°1201 note 1. 訴えを提起する者は、本訴から区別される訴えを提起するのではないから、これに *action* という名称を付すことは適当でない、という。

(208) このことからすると、虚偽表示確認の訴えが仮処分のような機能を果しているとも考えられる。しかし、虚偽表示に関する文献でこの点に触れるものは見あたらなかった。

なお、フランスの保全訴訟に関する文献として、小山昇「フランス法における *référé*」吉川還暦記念論文集『保全処分の体系上巻』（一九六五年、法律文化社）一二五頁があるが、この訴えについての記述はない。

(209) Dagot, op. cit. n°275.

(210) 多数説からのこの批判については、多数説はこの訴えを結局無効の訴えと考えているのではないかとの疑問があることおよび *fiction* の場合にも判例は具体的には *fraude* を要件としていると思われることから詐害行為取消権との異同が問題となることにつき、後述（二）参照。

(211) 誰の見解であるか不明であるが、Dagot が非常に古い見解として引用しているところによった（Dagot, op. cit. n°276.）。

(212) Dagot, op. cit. n°276.

(213) Planiol et Ripert-Esmein et Radouant et Gabolde, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, n°975; Pic, 《*De la simulation dans les actes de société*》, DH. 1935 *chronique*, p.37; Req. 13. 3. 1899, S.1900. I. 72; Civ. 11. 4. 1927, DP. 1929. I. 25.

(214) Ripert-Roblot, *Traité élémentaire de Droit commercial*, t.I, 8 éd., n°723; Req. 6. 6. 1887, D. 1887. I. 327, S.1887. I. 367; Req. 23. 7. 1888, S. 1889. I. 243; Civ. 25. 2. 1895. D. 1895. I. 369.

(215) Dagot, op. cit. n°277.

(216) 多数説からのこのような批判にもかかわらず、*fiction* の場合においてさえも虚偽表示確認の訴えの独自性を考えることには疑問が生ずることにつき、後述（三）参照。

(217) 無効の概念以外に不存在の概念につき語るとは無用の混乱を生じさせるだけであるとの批判もある（Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I, n°161.）。

(218) その他の批判として、無効および不存在の概念は法律行為に関してのみ考えることができるのに対し、虚偽表示は法律行為以外のものについても考えられる（たとえば、住所を偽ること）というものがある（Dagot, op. cit. n°277.）。ここでは法律行為を対象としているため本文で取り上げなかった。

(219) Req. 9. 11. 1891, D. 1892. I. 151, § 1894. I. 70; Van Ryn, *Principes de Droit commercial*, t. I, n°321.（後者については原本を参照することができなかったため、Dagot, op. cit. n°278 によった。）

(220) Weil et Terré, *droit civil, les obligations*, n°880; Dagot, op. cit. n°278.

(221) Dagot, op. cit. n°278.

(222) *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°91; Dagot, op. cit. n°278; Planiol-Ripert-Esmein, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, n°344; Mazeaud, *leçons de Droit Civil*, t.

II, n°827; Demogne, *Traité des obligations en général*, t. I, n°162; Carbonnier, *Droit Civil*, t. VI, n°39.

(223) *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°93; Dagot, *op. cit.* n°286 et s.

当事者が原告となりうることについては、《*Nema auditur turpitudinem allegans*》（何人も自己の卑劣を申し立てることはできない）という法格言との関係が問題となる。しかし、次のような点からこの法格言は適用されないと解されている。①この法格言は、一九世紀には司法官（*magistrature*）の権威を守るために働いたが、今日ではこのことはあてはまらない。②虚偽表示は原則として合法的なものであり、原則として *fraude*（不正行為）または非道徳的なものではない。③*fraude* または非道徳的なものである場合であっても、その場合にこの法格言を適用すると結果的に *fraude* または非道徳的な行為が実現されてしまうことになる。Dagot, *op. cit.* n°288.

(224) *Planiol-Ripert-Esmein*, *op. cit.* n°344; Dagot, *op. cit.* n°300. このようにいうのは、通常はこの訴えに続いて本訴が提起されるから、この訴えの原告適格は広く解しておいて、本訴を求めるかどうかにおいて議論すれば足りると考えるからであると思われる（V. Dagot, *op. cit.* n°300.）。しかしそうすると、この訴えが果して独自の意味を有するといえるのかという疑問が多数説に対しても生ずるが、この点につき、後述（二）参照。

(225) Dagot, *op. cit.* n°299. 訴えの利益についても、これを広く解しておきながら、この訴えが本訴と結びついている場合で本訴を提起することができないような場合（たとえば時効にかかっているとき）には、この訴えの訴えの利益はないとされている（Dagot, *op. cit.* n°299.）。この点からもこの訴えが独自の意味を有するのかという疑問が生ずる。後述（二）参照。

(226) Dagot, *op. cit.* n°274.

(227) *Civ.9.* 11. 1971, *DS.* 1972. 302; *Civ. 3.* 6. 1975, *DS.* 1975, *inf. rap.* 186. V. Mazeaud, *op. cit.* n°826; Dagot, *op. cit.* n°303. 民法二二六二条が、すべての訴権は物的たると人的たるを問わず三〇年の時効にかかるとしていることに基づく。前掲の判決が出るまでは、時効にかからないとする者（*par. ex. Planiol-Ripert-Esmein*, *op. cit.* n° 345.）と三〇年の時効にかかるとする者（*par. ex. Planiol-Ripert-Esmein-Radouant-Gabolde*, *op. cit.* n°972.）との間で学説上争いがあった（V. *Juris-classeur civil*, art. 1321, n°95 et s.; Dagot, *op. cit.* n° 301 et s.）。いずれにしる時効の議論はあまり実益がない。というのは、①時効により訴えを提起することができなくなっても、抗弁として主張することはでき、また、②この訴えは本訴が時効にかかったときは訴えの利益を失い提起できないというように、本訴に従属しているからである（*Juris-classeur civil*, art. 1321, n°97; Dagot, *op. cit.* n°303.）。

(228) 前掲注(224)参照。

(229) 前掲注(225)参照。

(230) Dagot, op. cit. n°278 et 287.

(231) 1—3 参照。たとえば、債権者の追及を免れるための「仮装」譲渡がこの場合とされている。

(232) 前述（一）（イ）参照。

(233) 前掲注(224)参照。

(234) Dagot, op. cit. n°275. 前述（一）（イ）参照。

(235) Juris-classeur civil, art. 1321, n°92; Dagot, op. cit. n°281 et s.; Planiol-Ripert-Esmein, op. cit. n°344. 具体的には次のような差異があげられる。①原告適格について、詐害行為取消権では債権者であることかつその債権が詐害行為以前に成立しているものであることが必要であるが、虚偽表示確認の訴えではそのような必要はない。②前者では詐害行為（*frande*）であること、損害を被っていることおよび債務者の無資力化を証明する必要があるが、後者ではその必要はない。③前者は法律行為ではないものに対しては考えられず、また、民法の規定により行使しえない場合がある（民法八八二条、一一六七条二項。共同相続人のうちの一人の債権者は、遺産分割に関し詐害行為取消権を行使しえない。前述 1—4 二参照）が、後者ならば可能である。

また、債権者代位権とも、虚偽表示確認の訴えは債務者が行使を怠っている権限を債権者が代わって行使するのではなく、訴えを提起する者の固有の権限を行使する場合であるとして区別されている（Juris-classeur civil, art. 1321, n°92; Dagot, op. cit. n°280.）。

(236) 前述 1—4 一参照。

(237) 前述 1—4 二参照。

(238) 前述 1—4 三（ii）参照。

(239) 前述 1—4 三（iii）参照。

(240) これらに類似する事例として、仮装会社の設立の場合があり、これに関する判決例も多い（*par. ex. Civ. 11. 4. 1927, DP. 1929. I. 25; Req. 14. 4. 1930, S. 1930. I. 342; Req. 18. 11. 1946, S. 1948. I. 62.*）。また、前述の虚偽表示確認の訴えの目的に関する争いでも、この場合を念頭に置いていると思われる見解もある（不存在確認の訴えとする Pic、無効の訴えとする Ripert-Roblot。前述（一）（ハ）参照）。しかしここでは、わが国において仮装会社設立についての特別の規定があることから、この場合を扱わない。

(241) 債権者の追及を免れるための譲渡につき、譲渡は不存在であるとした判決もある（*Req. 13. 3. 1899, S. 1900. I. 72.*）。

(242) 前述 1—4 一の場合の①②③の判決参照。

(243) 前述 1—4 二の場合の④⑤の判決、三の場合の前掲注(122)の判決。その他 *Req. 23. 7. 1888, S. 1889. I. 243; Civ. 25. 2. 1895, D. 1895. I. 369; Req. 13. 3. 1899*（前掲注(241)参照）も同様である。

(244) 前述 1—4 一の場合の前掲注(104)の判決、二の場合の前掲注 (105) の判決、三の場合の⑥の判決)。

(245) 前述 1—4 二参照。

(246) 前述 1—4 二の前掲注(109)参照。

(247) 前掲注(243)の判決。ただし、当事者間の争いでも *fraude* が問題とされている事例がある (Req. 25. 7. 1876, DP. 1878. I. 123; Req. 3. 12. 1878, DP. 1879. I. 271. 前述 1—4 二の前掲注(105)参照)。これらの場合には *fraude* は不正行為ともいうべき広い概念として用いられていると思われる。

(248) 前述 (一) (ホ) 参照。

(249) Dagot, op. cit. n°306.

(250) Dagot, op. cit. n°281.

(251) Req. 16. 3. 1887, S.1890. I. 301 は、詐害行為取消権と虚偽表示確認の訴えとを区別した上で、虚偽表示確認の訴えを認めている。しかしこの事例は、債権者による支払いの催告以前に債権者を妨害する目的で債務者所有不動産に賃貸借を設定しておいたというものであり、判旨は、詐害行為取消権は認められないとしても虚偽表示確認の訴えならば認められるとしたものである。さらに賃貸借契約は *fraude* であるとも認定している。

まとめ

結局、虚偽表示確認の訴えは次のように位置づけることができよう。

(一) 虚偽表示確認の訴えの性格をめぐっては見解の対立があるが、それらのうち、この訴えは本訴の準備手続にすぎないとする見解 ((イ) の見解) と、この訴えは不存在確認の訴えまたは無効の訴えであるとする見解 ((ハ) の見解) とでは大きな隔りがある。

多数説はこの中間にあって、この訴えは真実の回復のための訴えであるとし、両見解を批判する。すなわち、前者に対しては、本訴の準備手続にすぎないとはいえない場合があるとし、それは虚構の作出が行われる場合であるとする。また後者に対しては、無効または不存在確認の訴えだといえるのは、虚構の作出が行われる場合であるとする。

結局、多数説は、虚構の作出が行われる場合にこの訴えが働きうるということを、前者の見解によるこの訴えの機能に付け加えるとともに、後者の見解に対しては、だからといって前者のいう機能が失われるわけではないと批判するものであるといえよう。

しかし、多数説がこの訴えを機能させるべきであるとする虚構の作出が行われた場合において、外形行為が無効とされる実質的な理由は、不道德な原因ないし *fraude* があることであった。

(二) このことから、虚偽表示確認の訴えの意義としては次の二つが考えられる。一つは、一三二一条により秘密行為の効力を主張するための本訴提起に先立ち (または同時に) 提起され、本訴における秘密行為の効力の主張の前提として秘密行為の存在自体を明らか

にすることである。他は、虚構の作出が行われる場合に、不道德な原因ないし *fraude* を理由とする当該行為無効の主張を基礎づけるための訴権として働くということである (252)。

(三) このようにとらえる限り、1—4 の一で提起した疑問は解消されよう。すなわち、一三二一条の特徴、とくに外形行為と秘密行為の並存を認めることとこの訴を認めることとは、矛盾するものではないと思われる。

(252) この訴えの存在を認めることの一つの意義は、第三者も自己のために秘密行為の存在を主張できるということを認めることである。というのは、一三二一条自体は秘密行為は第三者に対し効力を有しないと定めているからである。しかし、このように第三者が秘密行為の存在を主張するときに、他の第三者が外形行為を主張する場合が生ずる。この第三者間の衝突をどのように解決するかまたその理由はいかなるものかにつき争いがある。

判例は、一九三九年以前においては、秘密行為の主張者を優先させるもの (Req. 25. 1. 1847, DP. 1847. I. 342; Alger 8. 7. 1896, motifs, S.1900. I. 72; Paris.3. 6. 1905 D, 1908. II. 129.) と外形行為の主張者を優先させるもの (Civ. 2. 2. 1852, D. 1852. I. 49; Orléans 10. 2. 1876, D. 1877. II. 113; Limoges 14. 11. 1910, D. 1911. II. 393; Nimes 16. 5. 1927, D. 1929. II. 68.) とに分かれていた。しかし一九三九年に、破毀院は一つの裁定を下した (Civ. 25. 4. 1939, D. 1940. I. 12.)。これは売買の形式で偽装された贈与に関し、贈与者の遺留分権利者と買主 (受贈者) の抵当権債権者とが争った事例であるが、破毀院は外形行為 (売買) を主張する抵当権債権者を優先し、その理由として、彼は秘密の合意の存在を予測することができず、いわゆる「共通錯誤は法を創る (*Error communis facit jus*)」の法理 (避けることができない誤りに浸っている場合にはその状態を真実の必要とする) の適用であることをほのめかした。その後これに反対のようにみえる判決も出された (Civ. 10. 5. 1949, D. 1949. 277. 一不動産を売却しておきながら、その後虚偽の会社を設立しそちらへ不動産を譲渡したという事案で、最初の買主と会社からの転得者とが争ったものである。判旨は、「何人も自己が所有せる以上の権利を他人に譲与するを得ず (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*)」の法理を適用して最初の買主を優先させた。しかしこの判決では虚偽の会社設立が *fraude* であることが考慮されたと解されている) が、破毀院は再び外形行為を主張する者を優先させる判断を示し (Civ. 9. 5. 1955, D. 1955. 467; Civ. 3. 4. 1963, D. 1964.306.)、今日に至っている。

学説においても、多数説は外形行為を主張する者を優先させている (Dagot, op. cit. n°296; Juris-classeur civil, art. 1321, n°89; Weil-Terré, op. cit. n°578; Mazeaud, op. cit. n°824; Planiol-Ripert-Esmein, op. cit. n°339. 一外觀理論 《la théorie de l'apparence》の一適用であるとするが、Planiol-Ripert-Esmein は、一三二一条が外形

を作出したことに對する民事罰《peine privée》であると解する立場から説明する。しかし、Dagot, op. cit. n°132 et 295 は当事者以外の者にこの考えを及ぼすことはできないとしてそれを批判する）が、虚偽表示は大多数の場合 fraude であるとし虚偽表示確認の訴えは實際上 fraude を消滅させる機能を果しているとの立場から、虚偽表示確認の訴えを提起する者を常に優先させるべきであるとする見解もある（Carbonnier, op. cit. n°40 《pratique judiciaire》）。以上の議論につき、V. Juris-classeur civil, art. 1321, n°89 et s.; Dagot, op. cit. n°291 et s.; Carbonnier, op. cit. n°40 《pratique judiciaire》。

多数説は、外觀理論からこの問題を解決しようとしているが、それはこの問題をもはや虚偽表示の問題ではないととらえている（Juris-classeur civil, art. 1321, n°89; Dagot, op. cit. n°296.）ことによるものであり、一三二一条および虚偽表示確認の訴えの性質をこの観点から説明しようとするものではない。また、Carbonnier の見解もこの問題が虚偽表示の範ちゅうでは解決されないことをふまえた上でのものである（Carbonnier, op. cit. n°40 《pratique judiciaire》, 《politique législative》）が、虚偽表示確認の訴えの実際の機能を指摘する点は示唆に富む。

1—6 民法九四条における当事者の目的と九四条の構成

これまでの検討で明らかにしたのは、虚偽表示とは、当事者が外形には表示されていない実際の意図を有している場合であり、しかもその意図するところを実現するために表示をしたが、範囲においてその意図を実現する以上の表示がなされた場合なのではなかろうか、ということであった。そしてこのことから次のように考えることができるのではないかと指摘した。①虚偽表示であるためには、外形から推断される意思とは異なった実際の意図が当事者間に存在することが必要なのではなかろうか。②その実際の意図が実現される範囲内では外形を無効とする必要はないのではなかろうか。

このような観点に立つときは、フランス民法における虚偽表示の取扱いが示唆するところは大きかった。すなわち、フランス民法一三二一条の規定の仕方から由来する特徴および判例における虚偽表示の取扱いは、①②の点を取り込んだ虚偽表示の構成を示していた。

しかし、民法九四条一項は虚偽の意思表示を無効と規定し、フランス民法一三二一条のような秘密行為の側面から規定するという規定の仕方をしていない。このような規定の仕方のもとでも①②の点を取り込んだ構成ができるか、それがここでの課題となる。

一 民法九四条の立法過程と虚偽表示の構成

（一）わが国における虚偽表示制度の起源は、ボアソナードによる旧民法典の立法作業（ボアソナード草案）のうちに見い出される(253)。ボアソナード草案一三八六条ないし一三八八条は反対証書につき規定する(254)。すなわち、

一三八六条 当事者ハ反対証書即チ一時秘密ニ存シ置ク可キ陳述書ヲ以テ表頭公正又ハ

私署ノ証書ノ効力ヲ全部又ハ一部分変更シ又ハ滅却スルコトヲ得然レドモ其反対証書ハ公正証書又ハ確定ノ日附ヲ有スル私署証書ニ作リタルトキト雖モ手署者及ヒ其相続人ニ対スルニ非サレハ効力ヲ有セス

然レドモ各当事者ノ債権者及ヒ特定名義ノ承権人カ当事者ト約定スルニ当リ反対証書アルヲ知リタルカ普通法ニ従ヒテ証セラルルニ於テハ反対証書ヲ以テ其債権者及ヒ承権人ニ対抗スルコトヲ得

一三八七条は、不動産の権利に関する反対証書が公示されたときはその時より通常の効力を取得する旨規定する。

一三八八条は、当事者の一方の承継人が他の当事者およびその相続人に反対証書を対抗できる旨規定する。

これらの規定の仕方は、フランス民法一三二一条に倣ったものといえる(255)。ただ一三八六条がフランス民法一三二一条に対応するに加えて、一三八七、一三八八条でこれを補充している点が異なるにすぎない。

旧民法証拠編第五〇条ないし五二条は、これを内容的に変更することなく、わずかの表現上の修正を加えただけのものにほかならない。

フランス民法において反対証書 (*contre-lettre*) が秘密の合意一般を意味すると解されている(256)ことを考え合わせると、これらにおける虚偽表示は秘密の合意の効力の問題として構成されているといえる。そして、効力の点についてもフランス民法同様に、反対証書(秘密の合意)は当事者間でのみ効力を有する旨を規定しているのである。このような規定の仕方自体からして、わが国における虚偽表示をフランス民法と同様に理解していく基盤があったといえよう。

ボアソナードはこの規定を設けた趣旨を次のように説明する。反対証書は秘密の性質を有しかつ顕示の証書に変更を加えるものであるから、法律はそれによって第三者を害することを目的とすることをおそれたのだ、と(257)。そして、それゆえ法律は反対証書が第三者に対しては効力がないとしたのだ、と。しかし、これだけでは、虚偽表示としてどのような事例を念頭に置いていたのか、そこでは表示された外形の効力はどうなるのかは不明である。そこでボアソナードは例をあげつつ説明をしている。①甲が乙に対し信用を付与するために金銭債務を乙に負っていることにしておいた場合。この場合、乙からの債権譲受人または乙の債権に対する差押債権者には反対証書を対抗できないとされている(258)。②会社の定款により管理人となるには一定の株を所有していることが必要なため、他から株式の譲渡を受け、実は貸与である旨の反対証書を作成していた場合。この場合、会社および第三関係人は何ら害されることはない、というのは、株式はこれらの者に対しては常に管理人の所有であり、反対証書をもってこれらの者に対抗することができないからだ、とされている(259)。③被選挙人としての信用を得るために不動産を他より譲受け、実は権利名義を借りただけである旨の反対証書を作成していた場合。この場合、すべての者に対して権利名義人が所有者とみなされるとされている。権利名義人がこの不動産を他へ譲渡

しまたは抵当権を設定しまたは破産した場合でも、名義人が所有者として扱われるとされている(260)。④外国人につき居住地の制限または不動産処分の制限がある場合において、外国人が日本の不動産を賃借または買受けるにあたり日本人にその者の名義で賃借または買受けることを依頼した場合。すべての者は日本人が借主または買主であるとして扱うことができる(261)。

これらから注目すべきは次の点である。(一) ボアソナードは、虚偽表示として、外形行為が無効となるような場合を念頭に置かず、外形行為が有効であることを前提にした上で、秘密行為(反対証書)の第三者に対する効力を問題としていると思われる。(二) しかも、外形行為と秘密行為(反対証書)を互いに関連のないものにとらえず、当事者の目的の点から、この目的を達成するための一連の行為として、外形行為により当事者の実際の意図の実現をはかるものととらえていると思われる(262)。(三) そして例で示されている当事者の目的は、これまでの検討で、虚偽表示として構成すべきと指摘した事例(263)における当事者の目的に一致している。すなわち、①②③ではそれは、権利名義人となる者に信用を付与することであり、④ではそれは、権利名義人となる者にある行為を依頼することである。(四) また、秘密行為(反対証書)をもって第三者に対抗できないという、当事者にとっては不利益となる旨を述べるだけではなく、当事者はその目的を達成するために外形行為を利用することができるとされている。たとえば④の例では、外国人は日本人の名前を利用して有効に日本の不動産を買うことができるとされている(264)。(五) 最後に、現在のわが国の判例・学説では虚偽表示ではないとされ、信託的行為として処理されていると思われる事例(265)が、ボアソナードにおいては虚偽表示と構成されており、しかも具体的な事案の解決としてもそれで足りることが示されている。すなわち②の例はいわゆる資格株の譲渡の場合である。

以上からして、ボアソナードは、虚偽表示につきフランス民法と同様の構成をとりつつ、当事者の目的の点から秘密行為と外形行為を関連づけてとらえ、当事者はその目的を外形行為を利用して達成できるが、その反面、権利名義人による名義の濫用の場合には危険を負担すべきである、としていたのではないと思われる。

(二) ボアソナード草案を基礎とした旧民法は施行されることなく、いわゆる法典論争を経て、新たに現民法が起草されることになった。そして民法修正案において、虚偽表示に関する規定も現在の九四条のような規定の仕方に修正された。この修正案は若干の文言上の修正はなされつつも(266)、ほぼそのまま現九四条として施行された。

この修正案の特徴は、ボアソナード草案、旧民法が証書の効力に関する規定の体裁を与えていたのに対し、意思表示に関する規定としたことである。これにつき起草者は次のように説明する。虚偽表示は証書をもってなされるとは限らず口頭でなされることもある。この場合と証書でなされる場合とを区別する理由はない、と(267)。これがボアソナード草案、旧民法を修正した主たる理由であったのである(268)。

しかし注目すべきは、証書の効力ではなく意思表示に関する規定としたことにより、規

定の仕方がボアソナード草案、旧民法とは異なり、外形行為の効力を規定するという仕方になったことである。すなわち、表示された外形行為が無効であるということから次のことがいえよう。第一に、外形行為の効力に注目する反面として秘密行為に対する関心が薄れ(269)、外形行為が虚偽表示によるものであるということと秘密行為の内容がいかなるものであるかということは切り離して考えられることになった。第二に、外形行為が無効であることを原則とし、善意の第三者に対してのみその例外を認めたため、当事者間では外形行為は常に無効であることになってしまった。

これらは、虚偽表示を外形行為と秘密行為からなるものとしてとらえながら、それらを当事者の目的の点から、外形行為により当事者の実際の意図の実現をはかるととらえる考慮が働きにくいことを意味する。さらに、当事者間で外形行為の無効が主張されるのは、当事者の目的がそのまま達成されていない場合であるのに、あたかも当事者の目的がそのまま達成されている場合でも外形行為が無効とされるかの印象を与えることになった(270)。これはボアソナード草案、旧民法の意図していたのとは異なる虚偽表示のとらえ方であるといえよう。

もっとも起草者においては、証書の効力に関する規定から意思表示に関する規定に修正すること以外については、ボアソナード草案、旧民法の内容を修正するとの意図はなかったようである。法典調査会の主査会においても総会においても、規定の仕方が変わったことに対する質疑応答はなく(271)、外形行為の無効を規定する具体的な必要は示されていない。このような規定の仕方をとったことについては、ドイツ民法の第一草案の影響を受けて、意思表示に関する規定との構成をとったということ以外にその理由は見い出されない(272)。むしろ、起草委員の一人である富井は、法典調査会の主査会において、九二条（現九四条）は主に当事者が不法の目的を有しているのではない場合を念頭に置いた規定であること(273)、第二項が主眼であって第一項はなくてもよいようなものであるが、第一項のように規定しておかないと第二項の書きようがなかったこと(274)を述べている。そして虚偽表示の例としては、ボアソナードが掲げたのと同様に、会社の取締役になるために株式名義を借りる場合、被選挙資格を得るために不動産の所有名義を借りる場合を掲げている(275)。これらからすると、内容的にはボアソナード草案、旧民法を受け継ぐものとして理解されていたと思われる。

しかし、外形行為が無効であるとの規定の仕方をとったことが、虚偽表示についてその点を強調することにつながり、虚偽表示をその点だけからとらえ、秘密行為ないし当事者の目的を考慮の外へ置く方向へ向寄せたのではないと思われる(276)(277)。

(253) わが国における虚偽表示制度の沿革については次の文献がある。稲本・前掲注(6)一四九頁以下、柚木馨「虚偽表示をめぐる」法学教室旧4三五頁、四宮和夫「虚偽表示」『判例演習〔民法総則〕』（一九六三年、有斐閣）一〇三頁、柳沢秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」志林七〇巻一号七三頁、原田慶吉『日本

民法典の史的素描』(一九五四年、創文社)五〇頁。

(254) ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第五編』(発行年不明、司法省)二八八頁以下(一八八六条とあるのは一三八六条の誤りと思われる。) Boissonade, *Projet de code civil, nouvelle édition, t.4, art. 1386 et s.*

(255) 稲本・前掲注(6)一五〇頁、柚木・前掲注(253)三七頁、四宮・前掲注(253)一〇三頁、柳沢・前掲注(253)七四頁。

(256) 1—3 参照。

(257) ボアソナード・前掲注(254)二八九頁、二九〇頁。Boissonade, *op. cit.* n°163.

(258) ボアソナード・前掲注(254)二九二頁。Boissonade, *op. cit.* n°164.

(259) ボアソナード・前掲注(254)二九四頁。Boissonade, *op. cit.* n°165.

(260) ボアソナード・前掲注(254)二九五頁。Boissonade, *op. cit.* n°165.

(261) ボアソナード・前掲注(254)二九七頁。Boissonade, *op. cit.* n°166.

(262) ボアソナードは、当事者の一連の行為を当事者の「合意 (convention)」としてとらえているようである (ボアソナード・前掲注(254)二九三頁。Boissonade, *op. cit.* n°164.)。

(263) 1—2 まとめ、1—4 まとめ参照。

(264) ボアソナード・前掲注(254)二九九頁。Boissonade, *op. cit.* n°166.

(265) 前掲注(50)参照。

(266) 修正案九二条は次のように規定されている。

第九二条 相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス 前項ノ無効ハ之ヲ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス (『民法修正案理由書』による。)

(267) 『民法修正案理由書』第九二条理由、富井政章『民法原論第一卷総論』(一九一〇年、有斐閣)三五六頁、梅謙次郎『民法要義卷之一総則編』〈復刻版〉(一九九二年、信山社)一八〇頁。

(268) 稲本・前掲注(6)一五一頁もこのようにいわれる。

(269) 秘密行為が存在しうることは、それは有効であることは、起草者も述べている (『民法修正案理由書』第九二条理由、富井・前掲注(267)三五五頁)。しかし、そのことと九四条 (修正案九二条) とは直接の関係がないと考えていたと思われる。

(270) ボアソナード草案に対するボアソナードの説明には、当事者の目的がそのまま達成されているような場合には外形行為を無効とすべき事態にならないという趣旨が含まれていると思われる (前述 (一) 参照)。

(271) 主査会でも総会でも、主に第二項の文言につき議論がなされたにすぎない (『民法主査会議事速記録 (日本学術振興会版)』第六卷九七丁以下、『民法総会議事速記録 (日本学術振興会版)』第五卷七四丁以下参照)。

(272) 富井・前掲注(267)三五五頁、岡松参太郎『註釈民法理由上巻』(一八九六年、有斐閣)一八二頁参照。岡松は「本法ハ独草等ニ倣ヒ汎ク意思表示ノ規則トシテ之ヲ定ム」

と明言している。

(273) 前掲注(267)『民法主査会議事速記録』第六卷一〇三丁。

(274) 同・一一〇丁。

(275) 同・一〇三丁。

(276) 富井は、法典調査会の主査会ではボアソナード草案、旧民法をそのまま受け継ぐものであるかの発言をしていたにもかかわらず、民法原論の説明では、債権者の差押えを免れるための財産譲渡の場合を一例として掲げている(富井・前掲注(267)三五四頁)。また、岡松・前掲注(272)一八四頁でも、隠蔽する行為がない場合であるとしながら差押えを免れるための虚偽の売買の場合が虚偽表示の一例とされている。これらは、秘密行為がない場合も虚偽表示として扱うことを意味し、秘密行為とは無関係に虚偽表示を考えていることを示すものであろう。

梅・前掲注(267)一九六頁では、被選挙資格を得るために不動産の所有名義を借りる場合が例として掲げられているが、ボアソナードがこれを、第三者がその不動産を譲り受けたといった場合でない場合につき、誰も害することはないという観点からその有効性を強調した(ボアソナード・前掲注(254)二九六頁)のに対し、外形が無効である点が強調されている。当事者の目的がどのようなものになったかについての考慮は抽象されているといえよう。

(277) 九四条の規定の仕方から秘密行為に対する関心が次第に不明確になっていったことは、稲本・前掲注(6)一五二頁でも指摘されている。

二 当事者の目的からする民法九四条の構成

(一) 民法九四条が外形行為の無効という規定の仕方をとったことにより、以後の学説(278)においてはこの点が強調されることになった。すなわち、虚偽表示は当事者がある一定の目的を持ちつつなすものであり、その点からすれば秘密行為と外形行為とは一定の関連性を有しつつ目的の達成に向かうものであるにもかかわらず、秘密行為と外形行為とは分離して考えられるようになった。したがってまた、当事者の意図において秘密行為と外形行為とを関連づける当事者の目的に対する考慮も払われなくなった。そして虚偽表示は次のように構成されているように思われる。

虚偽表示は、真意でない意思表示であるから無効である。したがって九四条適用のためにはその意思表示が真意でないことさえあきらかにされればよく、さらに具体的に何が真意である場合が虚偽表示であるかを確定する必要はない。それゆえ当事者の目的がいかなるものである場合が虚偽表示であるかを限定する必要はなく、具体的な諸事例として列挙すれば足りる。この虚偽表示の法理とは無関係に、虚偽表示には虚偽表示以外に他に真実の行為をなす意思を伴うことがある。この隠れた行為(秘密行為)はそれ自体通常の意味表示の法理に従うのであり、特別の法理を必要とするものではない。したがって真実の行為をなす意思を伴わない虚偽表示もありうる。また当事者の目的は、虚偽表示＝外形行為

をなすための目的であり、この隠された行為（秘密行為）とは関係しない(279)。

このような虚偽表示の構成のため、九四条は、表示された外形行為を無効とするための条文、および外形行為が無効である場合の第三者保護のための条文と理解されることになった。確かに、外形行為は無効であるとしても、その反面として秘密行為が有効であるため当事者の関係はそれにより規律されるとすれば足りたし、また外形の効力を維持させるべき場合に対しては、九四条二項があるとすれば足りた。しかし、それでは困る場合が出てきた。それが現在信託的行為とされるものであると思われる。たとえばその代表的な例である譲渡担保の場合をみよう(280)。譲渡担保は、当事者においては債権担保の目的を有しつつ、法律形式としては所有権譲渡の形式をとる。これにつき表示に一致する意思がないとして前記の虚偽表示の法理をあてはめた場合には、次のような結果となる。第一に、秘密行為として担保設定契約（不動産の場合には抵当権の設定、動産の場合には質権の設定）を認定したとしても、抵当直流禁止の時代にあつてまたは質権についての民法三四五条・三四九条の脱法行為として、秘密行為は無効とされることになる(281)。第二に、不動産の譲渡担保の場合、所有権移転登記は無効とされることにより、譲受人（債権者）の、他の債権者に対する優先権が確保しえなくなる(282)。これらの結果を回避し、取引上の要請に答えるためには、所有権譲渡の意思があると構成することにより、虚偽表示ではないとする必要があつたのである。これが信託的譲渡説が登場するための契機ではなかったかと思われる。信託的譲渡説によれば、譲渡担保の有効性は確保されるものの、当事者の目的としたところとその法的構成とがくい違ふため、債権者に目的物の丸取りという過度の保護を与えることになった。すなわち信託的譲渡説は、当事者の目的を達成させるべく、表示された外形行為の有効なことを主張した点において注目すべきものがあつたが、そう解するために虚偽表示の法理を検討するという方向ではなく、虚偽表示の法理をそのまま前提としつつ表示に一致する意思があるとしたと解することができよう。

しかし近年に至り、仮登記担保に関する判例・学説の進展の影響を受け、譲渡担保もその実質に着目して構成する担保権的構成が有力になってきていることをすでに1—2において述べた(283)。それらによると、譲渡担保においてはその実質は担保であり、当事者間の関係は担保権を設定した場合と同様に扱われる。さらに、担保の目的物の第三取得者に対しては九四条二項が類推適用されるとする立場も現れている(284)。これらの効果は、譲渡担保を再び虚偽表示と構成する可能性を示すものである。確かに、これらの立場では、譲渡担保は虚偽表示ではないとされている(285)。しかしその説くところは「当事者は『私的実行しうる抵当権』設定を意図し、その意図を端的に表示しているというべき」であつて「ただ、その表示が不完全、不適切なの」(286)にすぎないから虚偽表示ではない、というものである。これは、表示された所有権譲渡の形式の有効性を認めるための説明であると思われるが、信託的譲渡説と異なり、表示は所有権譲渡、意図は担保権の設定とする点に注目しなければならない。これはすなわち、当事者のなした行為を当事者の目的の観点からとらえ、当事者はその実際の意図を外形行為を利用して実現しようとしているとし、

秘密行為としての担保権設定行為と外為行為としてのとしての所有権の譲渡を分離してとらえない態度であると思われる。一つの意味に一つの表示であるから虚偽表示ではないとするその説明は、実は、従来の虚偽表示の法理が、虚偽表示を当事者の目的の点からとらえず、あたかも無関係に外形行為と秘密行為をなした場合ととらえていたことに対する重要な疑問の提起の意味を持つのではなかろうか。

九四条を外形行為無効およびその場合における第三者保護のための条文と位置づけることは、他方で九四条の適用場面の拡大へとつながった。すなわち、わが国の不動産登記に公信力が認められていないことを補うものとしての九四条二項の類推適用がそれである(287)。これは作出された外形を信頼した第三者の保護をはかるための方策であり、その限りにおいては当事者の目的ないし秘密行為に対する関心はもはや存在しない。しかし、この議論においては、第三者を保護する前提として真正権利者に外形の作出に対する帰責性が要求されることに注目しなければならない。つまり九四条二項を、真正権利者に帰責性があることを条件として第三者を保護するための規定ととらえることにより、虚偽表示の当事者間になされた外形作出行為が法律行為ではない場合にも働きうるものとして理解しようというのである(288)。したがってここでは、帰責性の内容が問題となる。そしてそれは結局、真正権利者の権利名義作出に対する関与の程度を意味し、真正権利者と権利名義人との関係を解明する必要へと通ずるのではなかろうか。当事者の関係を解明することは、その外形作出にあたり当事者が目的としたところは何かを探ることに他ならない。このように、九四条二項類推適用の議論において帰責性の内容を明確にしていこうとする傾向もまた、虚偽表示を当事者の目的の点からとらえるべきと方向を示唆するものではなかろうか。

(二) 以上から、虚偽表示については次のような構成をとるべきではないかと考える。すなわち、

虚偽表示とは、当事者が一定の目的すなわち当事者の実際に意図するところを実現するために表示をなしたが、その範囲において意図するところを実現する以上の表示をなした場合である。

表示から推断されるのとは異なる、実際の意図が存在していることが必要である。したがって、当事者が実際には何も意図していない虚偽表示というものはない。それらは、意思と表示が一致している場合として取扱えば足りる(1—2一、二、三の場合)。また、実際の意図は表示から推断されるのとは異なることが必要であるから、表示が意図と一致していると判断できる場合(1—2四の場合)も虚偽表示ではない。

意図するところと表示が一致する範囲においては、表示は意図実現のための外形として働いているのでその表示は有効であり、虚偽表示ではない。したがってこの場合には、第三者は善意・悪意にかかわらず表示の有効性を主張することができる。具体的には、当事者が目的としたところがそのまま達成されている場合となる。表示のうち意図するところを越える部分が虚偽表示となる。この場合、第三者には九四条二項が適用される。具体的

には、当事者が目的としたところを越えて、権利名義人がその名義を濫用した場合となる。

従って、民法九四条一項にいう虚偽表示の無効は、表示のうち当事者の意図するところを越える部分についてであると解する。

このような構成をとることにより、虚偽表示を当事者の目的の点から全体的にとらえることが可能となり、当事者の実際に意図したところを法律構成において生かしていくことができると思われる。また具体的な効果の面でも、当事者は、その意図に一致しない表示を利用して意図の実現をはかることができるというメリットを有する反面、意図の範囲を越える表示の部分に信頼した第三者には責任を負わなければならないというデメリットを負担するとすることにより公平な解決を導くことができると思われる。

(278) 学説については次の文献を参照した。ただし、その脱くところは、意義、要件においてほとんど同旨であるため、本文において以後述べるようにその趣旨と思われる点を要約することとし、個々の引用はしなかった。岡松・前掲注(272)一八二頁、同『法律行為論全』(一九一四年、京都法学会)一四二頁、川名兼四郎『日本民法総論』(一九一二年、金刺芳流堂)二一〇頁、中島五吉『民法釈義卷之一(総則編)』(一九一四年、金刺芳流堂)四九〇頁、鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(一九一二年、巖松堂書店)一一〇頁、一二三頁、近藤英吉『註釈日本民法(総則編)』(一九三二年、巖松堂書店)三二七頁、勝本正晃『新民法総則』(一九四八年、弘文堂)一九九頁、吾妻光俊『民法総則改訂版』(一九六九年、弘文社)一五一頁、石本雅男『民法総則』(一九六二年、法律文化社)二二九頁、我妻・前掲注(2)(三一三)、柚木・前掲注(57)一一一頁、於保不二雄『民法総則講義』(一九六六年、有信堂)一九一頁、松坂・前掲注(53)二一四頁、稲本・前掲注(6)一五六頁、同・前掲注(4)一九八頁、幾代・前掲注(2)二四六頁、星野・前掲注(4)一九四頁、四宮・前掲注(2)一六九頁。

(279) 稲本・前掲注(6)一五六頁以下、同・前掲注(4)一九九頁は、以上と異なり、虚偽表示においては当事者間に一定の関係が存在しなければならないこと、虚偽表示が真意、外形行為、秘匿行為の複合的なものであることを指摘する。しかし、この観点は当事者の目的からする虚偽表示の態様の考察に反映されているにとどまり、九四条の解釈論には生かされていないように思われる。

(280) 判例の整理については、1—2七参照。

(281) 四宮・前掲注(66)二八頁。

(282) 以上の点については、前掲注(79)でもふれた。

(283) 1—2七(i)参照。

(284) 1—2七(i)。

(285) ただし、浜上・前掲注(71)二〇号六七頁は、虚偽行為と結合している旨を述べられる。しかしこの見解には問題点があると思われることにつき、前掲注(72)参照。

(286) 米倉・前掲注(66)『譲渡担保』六四頁、同・前掲注(66)『譲渡担保の研究』四五頁

参照。

- (287) 九四条二項の類推適用に関する文献としては、幾代通「法律行為の取消と登記」於保還暦記念論文集『民法学の基礎的課題（上）』（一九七二年、有斐閣）五三頁以下、稲本・前掲注(4)二〇三頁以下、四宮・前掲注(2)一七六頁注（3）など参照。
- (288) 稲本・前掲注(4)二〇三頁。

1—7 むすび

本節1は、虚偽表示における当事者の目的が、民法九四条との関係でいかなる位置を与えられるべきかを考察の目的とした。そして1—2においてわが国の判例を当事者の目的に従って整理した。そこから、従来虚偽表示として扱われている事例の中に、そうすることが合理的な解決を導くと思われるものとそうでないものがあること、虚偽表示として扱われるべき事例とは、当事者の実際に意図するところを実現すべく表示をなしたが、範囲において意図するところを越える表示をなした場合ではないかという疑問が生ずることを指摘した。1—3以下ではこれらのことを基にフランス民法における虚偽表示を考察した。フランス民法における虚偽表示の規定である一三二一条は、わが国の民法九四条と異なり、秘密行為の効力を規定するため、次の二点を特徴とした。第一に、一三二一条適用の前提として秘密行為が存在している場合であることが必要である。第二に、外形行為と秘密行為は並存し、ただその効力の及ぶ範囲を異にする。これらの特徴は、判例による虚偽表示の取扱いにも現れており、一三二一条により処理されていると思われる事例は、1—2において、虚偽表示として扱われることが合理的ではないかと指摘した事例と一致した。また、虚偽表示確認の訴えが認められており、それは一見虚偽表示であることを理由に外形行為の効力をすべて否定する訴えのようにみえるが、実際は不正行為（*fraude*）、不道德な行為であることを理由とする訴えとして働いていた。これらからわが国の民法九四条においても、秘密行為を考慮した構成をとるならば、1—2での指摘が生かされるのではないかと示唆を得た。1—6では、当事者の実際に意図したところを九四条の構成に反映させるためには、秘密行為と外形行為を関連づけてとらえる必要があるとの立場から、わが国の九四条においてそう解する余地があるかを考察した。そして立法過程においては必ずしも秘密行為と外形行為は分離してとらえられていたのではないにもかかわらず、現九四条のような規定の仕方をとったため、外形行為の無効の側面が強調され、したがって虚偽表示を当事者の目的の点から全体的にとらえることができなくなったのにすぎないのではないかと指摘した。こうして結局、民法九四条の虚偽表示は、当事者の目的の点からとらえられるべきこと、九四条一項において無効とされるのは、当事者の実際に意図するところと表示とが範囲においてくい違う部分に限られると解すべきことを述べた。

このように解することによって、当事者が有している実際の意図を法的な効力を有するものとして位置づけることができるのではないと思われる。

本節1において残したままにしている問題は多い。たとえば、当事者の実際の意図とは、意思表示理論の中でどう理解すべきものなのか、隠れた意思なのか、についての検討、また、九四条を上記のように理解する立場からの信託的行為についての詳細な検討、九四条二項類推適用の事例に対して限定を付すことなどである。

2 他人による法律行為と民法九四条の機能

2-1 他人による法律行為と法律構成の不明確性

法律行為は、他人によって行うことが認められている。しかし、他人による法律行為の対外的効力である、本人と行為の相手方との関係すべてを代理制度のみで律しきれないことは、今日共通の理解となっている。すなわち、代理は、他人が「本人のために、本人の名を示して」法律行為をすることをその本質とするが、実際の取引社会では、これ以外にも、代理人が本人の名を示さない場合があるほか、他人が自己のために本人の名で法律行為をする場合、他人が本人のために自己の名で法律行為をする場合が存在する。中でも、他人が「本人のために、自己の名で」法律行為をする場合は、法律効果の帰属主体が外見上分からないにもかかわらず、取引を簡便に行うため、また、本人の名が表面に出ることを避けるためなどに頻繁に用いられている。しかし、これを規律することをそのまま予定している制度は民法中に存在しておらず、基本的な法律関係がどのようになるかは明らかでない状況にある(1)。

このような状況の中で、筆者は、他人による法律行為の法律構成を民法の既存の制度・規定の中でどのように行うかという観点に立つことの必要性を主張し、今日、他人による法律行為に関連する制度・規定が実際どのように機能しているか、また、それら相互の関係はどのようなものを検討してきた(2)。とりわけ、他人による法律行為の法律構成における中心的な課題である、他人が「本人のために、自己の名で」行う法律行為については、以下のように、民法九四条による法律構成を主張している(3)。

(1) 他人による法律行為が本人の委託どおりに行われた場合

他人による法律行為がその他人の名で行われた場合、たとえば、本人が不動産の売却を委託してその所有名義を他に移転し、その者の名で委託どおりに売却されたような場合には、この関係は、端的に虚偽表示であると構成して民法九四条によって処理すべきである。法律行為の相手方（虚偽表示という第三者）が本人と行為者との関係を知らなかったときは、九四条二項が適用され、本人は、その財産が自己の所有であることを相手方に対抗できず、法律行為は、行為者と相手方との間で有効に成立する。これに対して、相手方が本人と行為者との関係を知っているときは、本人は、行為者との秘密の合意、すなわち行為者の行為が委託にすぎないことを相手方に主張でき、法律関係は、代理ではないが、実体として代理にきわめて近いものとなるので、法律行為は、本人と相手方との間で成立することになる。虚偽表示で相手方（第三者）が悪意であるからといって、すべてを無効とす

る必要はなく、当事者間の秘密の合意の効力を相手方にも及ぼせば足りるからである。

(2) 他人による法律行為が本人の委託に違反して行われた場合

本人の委託に違反する行為が他人によって行われた場合、たとえば、本人が不動産の管理を委託してその所有者名義を他に移転したところ、その委託内容に違反して他に売却されてしまったような場合にも、この関係は(1)と同様に民法九四条によって処理すべきである。すなわち、相手方(第三者)が本人と行為者との関係を知らなかったときは、九四条二項が適用され、本人はその財産が自己の所有であることを相手方に対抗できず、法律行為は行為者と相手方との間で有効に成立する。この場合には、本人は、そもそも当該財産が行為者の所有ではないことを相手方に主張できないので、その財産に関して委託に違反したか否かに関しても当然主張することができなくなるのである。これに対して、相手方が本人と行為者との関係を知っているときは、本人は、行為者との秘密の合意、すなわち行為者の行為が委託にすぎないことを相手方に主張できる。このときの法律関係は、代理ではないが実体としては代理にきわめて近い状態で権限違反行為が行われたというものになるので、一一〇条を類推適用して、委託関係であることに対する相手方の悪意とは別に、権限違反の点について本人に帰責性があり、かつ相手方に正当理由があれば、法律関係は本人と相手方との間で有効に成立すると解すべきである。

(3) 他人による法律行為が本人の委託なく行われた場合

本人による委託がないにもかかわらず、他人の名で本人の財産に関する法律行為が行われたときは、基本的には、他人の物・権利の処分となり、行為者と相手方との間で債権的な法律関係が発生するが、当該財産に関しては本人に直接的な法律効果は及ばない。しかし、このような場合でも、本人と行為者との間に虚偽表示に類似した関係、すなわち、他人による行為につき本人に帰責性が認められるときは、九四条二項の類推適用によって、行為者と相手方との間で法律関係が有効に成立し、本人は当該財産が行為者の所有でないことを相手方に対抗できないと解すべきである。

以上のように、他人による行為に関して、民法九四条を代理と並ぶ基本規定と位置づけることによって、具体的に妥当で整合的な結論が導かれるように思われる。このような私見の結論自体をここで変更する必要はいまだないと考える。ただ、私見は、これまでの九四条に関する検討、すなわち、①九四条に関する従来の裁判例の検討、②九四条の起草過程の検討、③フランス民法における虚偽表示の検討、および、④九四条二項類推適用裁判例の検討を基に、そう構成した場合の結果の妥当性を強調することに力点を置いている。しかし、九四条の持つ独特な機能を理解し、九四条と他人による法律行為との関わりを理論的に基礎づけるためには、フランス民法だけでなく、ドイツ民法上の虚偽表示との比較を行うことが不可欠である。すなわち、九四条は、後述のように、規定の構造上、ドイツ民法上の虚偽表示規定であるドイツ民法一一七条(Scheingeschäft)とも、また、フランス民法上の虚偽表示規定であるフランス民法一三二一条(contre-lettre)とも異なり、はば広く第三者との関係を調整できる構造になっており、このことを明確に認識することによっ

ではじめて、わが国の虚偽表示規定の特殊な機能を理解することができるように思われる。フランス法およびわが国の虚偽表示については、すでに本節1で検討を行ったので、以下では、ドイツ民法における虚偽表示の特徴に焦点をあて、わが国の九四条との比較という観点から、虚偽表示規定の構造上の違い、第三者保護の違い、ここで問題にしている他人による法律行為と虚偽表示との関係を順に明らかにし(2—2)、その検討の結果を踏まえて、ドイツとフランスおよび日本の虚偽表示制度との相互比較を行い、他人による法律行為についての九四条の持つ独自の機能を明らかにしていきたい(2—3)(4)。

- (1) 他人が代理人であることを示さないまま「本人のために、本人の名で」法律行為をする場合については、代理の問題の延長で処理することが判例・学説上定着しており、これが無権限または権限違反で行われた場合には無権代理・表見代理の類推適用によって処理されてきた。また、後に本人の追認があった場合は、「非権利者による処分と本人の追認」の問題として、一一六条の類推適用によって処理されている。

また、「自己のために、本人の名で」法律行為が行われた場合は、いわゆる名板貸の場合であるが、(旧)商法二三条が設けられる以前は、表見代理規定の類推適用の問題として処理されていた例がある。第三章第二節1参照。

しかし、他人が「本人のために、自己の名で」法律行為をする場合については、代理人が本人のためにすることを示さなかった場合に関する民法一〇〇条があるだけで、はじめから他人が自己の名で行為することが本人との間で了解されているような場合については、これを直接規律する規定がない。学説では、授權(Ermächtigung)理論によって議論が次第に進化してきている。しかし、この理論をわが国の民法の規定の枠内で解釈論的にどう根拠づけるかについては、まだ明確な法律構成が定着していない。以上に関して、第四章第二節1参照。

- (2) 第四章第二節1では、他人による法律行為の対外的効力を、それが財産の帰属主体(すなわち本人)の名で行われた場合、財産管理人(すなわち他人)の名で行われた場合、顕名が重要でない取引の場合に分け、それぞれが民法の既存規定の中でどのように法律構成されるべきかを論じている。
- (3) 第一章第一節1、第二節1、2のほか、中舎寛樹「買受建物妾名義登記事件」石田喜久夫＝湯浅道男編『判例演習民法I(民法総則)』(一九八八年、成文堂)一一一頁。
- (4) ドイツ民法における虚偽表示を紹介するものとして、柳沢秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」志林七〇巻一号八六頁、鹿野菜穂子「虚偽表示無効」法時六九巻二号五五頁以下参照。

2—2 ドイツ民法における虚偽表示と他人による法律行為

一 ドイツ民法における虚偽表示規定の構造

ドイツ民法一一七条一項は、虚偽表示につき、「相手方に対して為すべき意思表示は、相手方の同意に依り単に仮装の為のみに為したるものなるときは、之を無効とす」と規定している(5)。これは、ドイツ民法が意思理論 (Willensdogma) を基本として、法律行為、意思表示概念によって体系化されたことの当然の帰結であった。すなわち、法律行為は、意思に基づいて真実意図されたものだけが有効であり、実際には意図されていない法律行為が無効であることは、意思理論から明らかであるが、この基礎理論としての意思理論はドイツ民法上明文で規定されているわけではないので、実際の便宜から一一七条が規定されたのである(6)。また、真実意図されていない行為でも有効になる場合として心裡留保があるので、これとの区別をするために、虚偽表示においては、相手方のある意思表示で相手方の認識があることが本質であるが、心裡留保においては、相手方のある意思表示も相手方のない意思表示もあり得るし、相手方のある意思表示の場合でも意思表示は原則として有効であって、ただ表示の相手方が意思の瑕疵をたまたま知っていたときのみ無効となることを明確に規定しておくべきであるとされたのである(7)。今日では、「虚偽表示が無効であることは、法律行為の解釈に関する原則、すなわち、表示は、当事者が一致して同一の意味で理解するときは、その他に解釈されるべき意味があっても、当事者によって共有された意味において有効である、という原則に合致している。この場合、合致して共有された意味は、実際には表示には効力がないというものである。その点において、一一七条は、当事者が合意して欲したことはその表示の客観的意味に優先するという原則を確認するものである」(8)と説明する学説もある。いずれにせよ、このような説明は、わが国の九四条一項についての説明と同様であり、一一七条と九四条一項は、同一の規定の構造を持っているといえる。ただ、ドイツ民法は、一一七条二項で、「仮装行為が他の法律行為を隠匿したときは、隠匿行為に関する規定を適用す」と規定しており(9)、わが国の九四条にこのような規定がないのと対照的である。しかし、この規定についていわれているところは、秘匿すること自体でその行為が無効となることはない(10)というものであり、起草の過程では自明のことであって規定するまでもないのではないかといった類の異論が数多く出されたが、絶対に必要というわけではなくともなお意味があるとの立場からそのまま残されたものであって(11)、今日わが国で解釈上認められているところと内容的に異なるところはない(12)。

以上と異なり、ドイツ民法には、わが国の九四条二項に相当する規定は存在しない。すなわち、虚偽表示無効は、意思表示の相手方だけでなく、第三者に対しても同様にして主張できる絶対無効である(13)。後述のように、ドイツでも当然、善意の第三者保護の要請はあるが、それは、一一七条ではなく、他の特別規定によって個別に保護がはかられているにすぎず、この一一七条の絶対無効の構造を変更するものではない。また、これらの特別規定(ないしその類推適用)に該当しない場合にもなお善意の第三者を保護しようとすれば、当該法律行為ないし意思表示は「虚偽表示ではない」と構成せざるをえなくなる。この点こそがわが国との対比では重要である。すなわち、絶対無効という点こそがドイツ民

法における虚偽表示の決定的な特徴であり、後述するように、ドイツではいかなる場合が虚偽表示にあたるか否かということが、(論理的には逆になるのであるが)、この第三者保護の観点から判断されているように思われる。このように解すると、ドイツにおいて九四条二項に相当する規定がないということは、単に九四条二項のように包括的に善意の第三者保護をはかる方法を採用か、それとも特別規定によって個別的に保護をはかる方法を採用かという方法上の違いにはとどまらない意味を有しているということになろう(14)。

二 ドイツ民法における第三者保護

(1) ドイツ民法制定過程における第三者保護の否定

前述のように、ドイツ民法には、わが国の九四条二項に相当するような第三者保護規定はない。しかし、この問題は一九世紀およびドイツ民法の制定時に大いに議論されたところであり(15)、普通法時代においては、ドイツ民法とは逆に、善意の第三者を一般的に保護するために、虚偽表示は善意の第三者との関係では有効なものとして扱われるというのが学説・実務の大勢であった(16)。すなわち、デルンブルクや、コーラー等は、ローマ法以来の伝統および普通法時代の裁判所実務での取扱いを背景にして、仮装行為が真正であると信託して仮装の取引相手と取引に入った第三者が損害を被ってはならず、たとえば、仮装買主から物の譲渡を受けた善意の第三者は所有者となり、仮装売主はそれを取戻すことはできないと解すべきことを強く主張していた(17)。

しかしドイツ民法草案は、そのような一般原則を掲げることを明確に否定した。すなわち、第一草案の理由書によれば、第三者保護のためには特別規定を設けることとしており、とくに善意の第三者の保護を目的とする一般的な規定は必要ないとされている(18)。この草案に対しては、学者や実務家から、善意の第三者を保護する規定を盛り込むべきであるとして多くの反対意見が表明された(19)。第二委員会の段階では、このような状況をふまえる形で善意の第三者保護を規定するいくつかの修正案が提示され、議論の応酬があったが、結局のところ、以下に述べるような理由から第三者保護規定は設けられなかったのである。すなわち、第一に、個別規定による保護を超えて第三者を一般的に保護することには内在的な根拠がない。というのは、虚偽表示の当事者は多くの場合、特定の者を欺くことを意図しており、すべての者に対して、本来無効な行為を有効なものとする扱いは許されないからである。また、第二に、本来無効なものを善意の第三者との関係では有効とすることによって、相対的な法律関係 (relativen Rechtsverhältnisse) が生じることになるが、それは妥当でなくできるだけ避けるべきである。第三に、普通法上善意者の保護を拡大する見解があったとしても、学説がそのような方向で発展を続けているとか、そのような法原則を確立することが近代法の法意識に適うといったことはなお受け入れがたい、とされたのである(20)。

以上からすると、強い反対があったにもかかわらず、ドイツ民法に一般的な第三者保護規定が盛り込まれなかったのは、結局、第三者保護のためには特別規定で十分であり、そ

れを超えて相対的な法律関係の創出は避けたいという理由からであったといえるであろう。前者は、実務的な理由であるが、後者は理論的な理由であり、ドイツにおける虚偽表示を理解する上で注意しておくべき点であろうと思われる。すなわち、ドイツ民法は、虚偽表示固有の問題よりも、相対無効を回避するという目的のほうを優先させたともいえるのではなかろうか。

(2) ドイツ民法上の第三者保護

こうしてドイツ民法は、限定的に第三者を保護するという立場を採った。すなわち、善意の第三者は、具体的には以下のような場合にのみ保護される(21)。

① 動産（九三二条以下）

虚偽で譲渡された動産が仮装取得者からさらに譲渡され、またはそれに対して用益物権ないし担保物権が設定された場合には、善意の第三取得者は、九三二条以下、一〇三二条、一二〇七条により所有権、用益物権、担保物権を取得する。

② 不動産（八九二条以下）

不動産物権については、八九二条以下の公信力の規定によって登記簿の内容が真正なものとみなされ、第三取得者が保護される。

③ 債権（四〇五条）

四〇五条によれば、債務者が証書を交付し、その証書を提示して債権が譲渡されたときは、債務者は債権の譲受人に対して、債務関係の発生または承諾が虚偽であることを主張できない。ただし、新債権者が譲渡の当時、その事情を知りまたは知りうべきであったときはこの限りでない。

④ 代理権（一七一条、一七二条）

第三者に対する通知または公告によって、ある者に代理権を与えた旨を表示したとき、または、代理人に委任状を交付し、代理人がそれを第三者に提示したときは、たとえ代理権授与が虚偽表示によるものであっても、それを第三者に対して主張することはできない。

⑤ 債権譲渡の場合の債務者保護（四〇九条）

債権者が債務者に対して債権譲渡の通知をしたとき、または債権の譲受人が債権者によって交付された債権譲渡に関する証書を債務者に提示したときは、債権者はその譲渡が虚偽表示によるものであることを債務者に対抗できない。

(3) 第三者保護の拡大

しかし、以上のような特別規定にもかかわらず、ドイツ民法制定直後からすでに、これらでは第三者保護が不十分であるとして、普通法時代のように保護をより拡大すべきであるとの主張が判例・学説によってなされてきた(22)。そして、その流れは、法律構成を変えながら、今日にまで続いている。すなわち、古くすでに帝国裁判所は、上記のような規定に当てはまらない場合についても、善意の第三者を保護してきた(23)。これは、証券抵当の証券が虚偽で作成され、これに基づいて抵当権が譲渡され、さらに善意の第三者に譲渡されたという事案であった。証券抵当権が登記によらずに移転した場合の第三者保護規定と

しては、一一五五条があり、公の認証のある譲渡であれば、登記簿の記載にもかかわらず証券の占有者が保護される。しかし、仮装譲渡の場合には、譲渡が公けに認証されていないので、第三者はこの規定によって保護されない。しかし、帝国裁判所は、同条を類推適用し、「譲渡人が外部に対して無条件で表示した譲渡意思および譲渡人から譲受人への抵当証券の交付を信じて、推定的に正当な現債権者であるとして抵当権を取得した」ときは、第三者は抵当権を取得するとしたのである(24)。このほか、代理人が相手方と通謀して本人を欺くために虚偽表示をした場合には、心裡留保の場合と同一の法理 (ratio) によって、善意の本人に対し当該行為は有効となることも一般的に承認されているようである(25)。しかし、学説は、上記のような場合を超えて、普通法時代の帝国裁判所の判決のように広く一般的に第三者を保護することは妥当でないとするのが多数であるように思われる。

ただ、このような第三者保護の限定的な拡大に対して、フルーメは、より一般的な保護をはかるための独自の法律構成を試みている(26)。それによれば、虚偽表示によって権利が他に譲渡され、それが第三者へ譲渡されたような場合には、第三者に対する表示としては、虚偽表示ではなく、心裡留保であるとする(27)。そして、虚偽表示の当事者間では、真の権利者から仮装の権利者に対して、当該権利についての処分授權がなされているとする。四〇五条は、前述のように仮装債権設定・譲渡の場合の債権譲受人の保護規定であるが、フルーメによれば、これは、心裡留保に関する一一六条の特別規定であり、ドイツ民法上、自己の名で他人のために債務を負うことについての授權が一般的には認められていないので必要な規定であるとする。また、代理に関する保護規定も同様に特則であると理解されることになる。したがって、たとえば、虚偽の債権設定が合意のみでなされ、その債権が譲渡されたような場合には、四〇五条には該当しないが、第三者に対しては授權としての効力を生じる。そして、以上のような構成は、代理権について代理権がないことを知りつつ代理人の行為に異議を唱えなかった場合に認容代理 (Duldungsvollmacht) として第三者が保護されるのと同様に、認容授權 (Duldungsermächtigung) として認められるべきであるとするのである。

しかし、このような構成は今日多数の賛同を得ているとはいえないようである。たとえば、ラーレンツは、四〇五条に該当しない場合、すなわち債権の設定がなされていることが証書によって第三者に示されない場合でも、第三者を保護する必要があるとフルーメは主張するが、債権に関して第三者に対する表示が問題になるのは、それが証書によって示された場合のみであり、それ以外で第三者が債権があると理解するようなことは問題にならないとする(28)。また、カナリスは、虚偽表示の相手方に対しては内部的な授權がなされており、しかしまた第三者に対しては外部的な授權がなされているというのは、明らかに擬制的であり、失敗であるとして批判する(29)。そして、それに代わる構成として、四〇五条に該当しないような場合でも、債権が存在することを仮装の債権者が証書によらずして、明確かつ断定的に第三者に表示した場合には、同条の類推適用によるべきことを主張している(30)。そしてこれは、認容代理についての考え方から導かれるという。カナリスは、一

般的に、「当該行為を排除することで不利益を被る者が、どのような方法にせよ行為の有効なることを外部に表示した場合には」(31)、権利外觀法理によって善意の第三者に対する抗弁を排除する。さらに、このような前提がない場合でも、二四二条の信義誠実の原則によることができるので、結果的には、実務上欠缺のない第三者保護が達成されうるとするのである(32)。カナリスのこのような主張は、虚偽表示のみにとどまらないものではあるが、虚偽表示に限っていえば、フルーメと異なり心裡留保とは構成しないものの、認容代理との類似性を説く点では共通するところがある。

以上のような議論は、債権譲渡の場合が主たる議論の対象とはなっているが、その法律構成の仕方については、いずれがドイツ法上妥当であるかはともあれ、わが国と対比するとき非常に興味深い。すなわち、ドイツ法では、これまで述べてきたように規定上は、虚偽表示の第三者保護が一般的に規定されていないが、学説は、この隙間を埋めるべく議論を展開しており、その際には認容代理との比較から、第三者保護を拡大しようとしているのである。このことは、わが国で九四条二項の意義を考える場合にも、表見代理との関連の中で、代理人というかたちではなく、真の権利者の了解の下、他人の名義で第三者に権利が処分されたような場合を念頭に置くべきことを示しているのではなかろうか。

ただ、以上のような第三者保護の議論は、フルーメを含めて、あくまで仮装債権の譲渡のように限定的な場合の保護を目指すものであって、わが国の九四条二項のように保護を拡大するものでないことには注意が必要である。真の権利者から権利が他に仮装譲渡された場合と異なり、たとえば、逆に、仮装の名義人によって他から権利を取得しようとする場合には、上記のような構成は用いることができず、第三者は保護されないことになる。このような場合にも第三者を保護しようとするれば、ドイツ法では、これを虚偽表示ではないと構成しなければならない。したがって、九四条二項との関係でドイツ法上の第三者保護をみるとときには、「ドイツでは」解釈によって虚偽表示ではないとされている場合のことも参考にしなければならない。

三 他人による法律行為と虚偽表示

(1) 虚偽表示の典型例

ドイツ法上、どのような場合が虚偽表示にあたるとされ、またあたらないとされているかを見るとき、とりわけ他人の名義で法律行為が行われる場合についての議論に注目できる。そしてそれは、虚偽表示規定の仕方の違い、すなわち、九四条二項に相当する規定がないことによるところが大きいように思われる。

ドイツ民法では、虚偽表示は、行為全体が虚偽で行われる場合のほか、一定の条件や、売買契約における目的物や価格の表示など法律行為の一部について虚偽の表示がなされる場合もあるとされている（売買価格の不正表示は、虚偽表示の典型例であり、この場合には、実際に合意された価格での売買契約が秘匿行為とされる）(33)。しかし、当事者が実際に法律効果が発生することを意図している場合には、たとえその表示が法的には不真実な

ものであろうとも、虚偽表示にはならない(34)。このような一般的な説明は、わが国におけるそれと異なるところはない。ただし、以下のような場合は、虚偽表示ではないとされる。

① 表示の解釈

表示の解釈問題となる場合は、虚偽表示ではないとされている。たとえば、土地を購入し住宅を建築してもらう契約のように売買契約と労働契約の要素を有する契約を単に売買契約と表示した場合(35)や、納税上の理由から売買契約を賃貸借契約と表示した場合(36)などがこれにあたる。このような場合には、表示は当事者によって共有されている内容を示す表示として理解されるのであり(37)、表示の法的評価の問題である(38)。以上のような説明はわが国での説明と同様であり、また、表示の解釈と虚偽表示との違いが理論上はともかく實際上の判断になると微妙であることも同様である。ただ、ドイツでは、わが国と異なり、九四条二項に相当する規定はないので、表示の解釈問題であると解しようと、そうではなく虚偽表示であるとして一一七条二項により秘匿行為が有効になると解しようとも、効果が異なることはない。

② 脱法行為 (Umgehungsgeschäft)

脱法行為 (Umgehungsgeschäft) とは、当該法律行為の作出によって、法規上の規制を回避しようとする場合である(39)。虚偽表示においては、当事者はその法律効果の発生を望んでいないが、脱法行為においては、法の規制を回避しようとの意図の下で、まさにその法律効果の発生を真実望んでいるという点で両者は異なると解されている(40)。たとえば、第三者に対して賃金を支払う契約である、いわゆる不正賃金契約 (Lohnschiebungsverträge) では、労働者である夫の賃金に対して差押えがなされるのを免脱しようとして、夫が受け取る賃金を差押禁止限度額までに限定しておき、他の部分は妻に直接受け取らせるようなことが行われる(41)。脱法行為が有効か否かは、虚偽表示の規定によってではなく、強行法規違反 (一三四条) か否かによって決せられる(42)。ただし、脱法行為は、当事者がその行為に伴う法律効果が発生することを真実意図していた場合のことをいうのであり、当事者が実はそのような効果の発生を何も意図していない場合には、虚偽表示となる(43)。

③ 信託的行為

信託的行為が虚偽表示でないことは、古くから認められてきた(44)。これは、現在でも当然のこととされている(45)。また、その理由づけはわが国で説かれているところと異ならない。すなわち、信託的行為では、法律上は財産が信託者から分離されるが、経済的には分離されない。また、信託的行為では、表示された法律効果が当事者によって真実意図されているとされる。表示された効果と当事者により追求されている経済的な効果とは一致していないが、法律行為上の意思と表示との間には齟齬はないというのである。法律関係は、外部的には受託者が取得した権利の権利者となるが、ただ、内部関係では、受託者は、その権利を信託者との合意に従って行使する義務を負っているというものになる。たとえば、取立てのための債権譲渡、信用供与目的での債権譲渡、停止条件付債権譲渡で条件成就ま

での間も外部的には譲受人の債権とする場合、譲渡担保、担保目的で行われる再売買の予約（保全売買（Sicherungskauf））(46)、信託的所有権譲渡(47)などがこれにあたりとされている。

しかし、他方、フルーメは、受託者への権利付与や権利譲渡が信託としてなされていることが隠されているときには、当然虚偽表示になるとも述べている。そして、この場合には、外形的な信託的拘束のない権利付与ないし権利譲渡が虚偽表示であり、信託的な権利付与ないし権利譲渡が秘匿行為となって、一一七条二項が適用されるというのである(48)。これは、信託的行為それ自体が意図されておらず、虚偽で行われる場合(49)とは異なる場合である。このような指摘は、私見からすれば重要であって、わが国で信託的行為といわれる場合は、実はこのフルーメがいう場合にあたるとのではないかとの疑問が生じるが、ここでは、このことにはこれ以上ふれず、信託的行為というカテゴリーに分類される行為でも虚偽表示になる場合があり得るという点だけに注目しておきたい。それは、次に述べる「わら人形の行為」における法律構成において具体的に現われるからである。

④ わら人形の行為（Strohmanngeschäft）

わら人形の行為とは、たとえば、Aがある物を買入れるにあたり、他人B（わら人形）が外形的には買主となるが、実際にはAが買主であるという場合である。ドイツでは、これもまた、原則として信託的行為の一種であり、虚偽表示ではないと解されている(50)。しかし、このような行為態様は、ここで問題にしている「他人による法律行為」そのものであり、項を改めてもう少し詳しく論ずることにする。

（2） わら人形の行為と虚偽表示

（a） わら人形の行為は、その背後にいる者が自己の名を表面に出すことを望まない場合に行われるので、虚偽表示ではないかが問題になる。ドイツでも、かつては、本人とわら人形間ないしわら人形と第三者間で虚偽表示となるとする見解があったようである(51)。しかし、今日では、当事者はまさにその表示に結び付いた法律効果の発生によって実際の目的を達しようとして望んでおり、また、わら人形を表面に出すことで追求されている目的（債権者からの追及を免れるためとか、取得が禁止されている物を取得するためといった目的）は、たとえ法秩序によって非難されるべきものであろうとも(52)、他の方法では達することができないのであるから(53)、これは真実意図された行為であり、虚偽表示ではなく、有効であることが異論なく認められている。

（b） この場合、わら人形は、自己の名で、しかし、その背後に隠された本人計算で、すなわち、本人の経済的利益にかなうよう権利を取得しまたは権利を行使するが(54)、法的には、わら人形が相手方との間で行った行為は、わら人形と相手方との間でのみ効力を有し、背後にいる本人には効果が及ばない。したがって、わら人形が相手方から物や権利を譲渡されたときは、わら人形が完全な権利者となるし、また、行為から生ずる責任を全面的に負うべき立場にある。わら人形が内部関係で背後にいる本人の指示に従っているときでも、第三者との間でなされた行為はこれに影響されない。わら人形は、自己が取得した

権利ないし権利を処分した場合の代金を真の行為者である本人に引渡さなければならないが、本人は、わら人形が取得した権利につき物権的な権利を有するわけではない。それゆえ、わら人形が破産した場合には本人は別除権を有しない。また、わら人形に対する強制執行がなされた場合には、第三者異議の訴えを提起することはできない。本人は、わら人形に対して、単に債権的請求権を有するにすぎない。他方、わら人形は、取得した権利を本人のために管理し、請求により本人に引渡す義務を負う(55)。

(c) 具体的には、他人を通じての大量株の取得・社員権の取得(56)、会社の設立(57)、他人を通じての売買(58)、競売における他人の名での美術品の購入(59)などが例としてあげられる。

(d) 行為の相手方がわら人形であることを知らない場合は当然のこと、その行為が誰のために行われているのかを知っているときでも、わら人形が行為の主体であることが真実意図されている限り、上記のような結論に変わりはないと解されている(60)。

しかし、相手方がわら人形との間でではなく、背後にいる本人との間で法律行為を行おうとした場合には、なされた法律行為は、虚偽表示によるものとなる。すなわち、虚偽表示になるか否かは、相手方との関係で誰に権利または義務を帰属させようとしているかによって決まる(61)。本人に効果を帰属させようとしているときは、わら人形は直接代理人にすぎない(62)。この点については、単に相手方が知っているだけでは足りず、わら人形と相手方との間で、真の行為者は背後にいる本人であることを了解している場合でなければならないとする見解もある(63)。虚偽表示となる場合には、一一七条二項により、本人と相手方間の行為として効力を有する。ただし、ドイツ法上、不動産所有権またはその他の不動産物権の譲渡の場合には、このような譲渡契約は形式の欠缺のゆえに無効となる(64)。

以上のことをまとめると、わら人形の行為については、次のようなことがいえる。

① かつては虚偽表示とする説もあったが、現在では、真実望まれた行為なので有効と解されている。この場合、相手方の知不知は関係がない。わら人形が権利義務の主体となる。

② しかし、わら人形であること、および本人が法律効果の帰属主体となることを相手方が知っているときは、虚偽表示になる。この場合、法律関係は、秘匿行為として本人と相手方の間で成立する。

以上のことは、法律構成という点からすると、疑問がないわけではない。すなわち、上記によれば、たとえ本人が法律効果を自己に帰属させようと考えている場合でも、相手方がそのことを知らなければ、虚偽表示とはならず、本人の意図如何にかかわらず、相手方の知・不知によって虚偽表示となったりならなかったりするからである。しかし、結論という点からすると、相手方がわら人形であることを知らず、また、知っていてもわら人形自身が法律効果の帰属主体であるときは、外形どおりの行為が有効となり、相手方が法律効果の帰属主体は背後にいる本人であることを知っているときは、本人と相手方との間で法律効果が生ずるということになって、本人の側の意図と相手方の信頼との調整がうまく

はかられた、合理的な結論であるように思われる。このように考えると、ドイツ法上、わら人形の行為が場合によって虚偽表示とされたり、されなかったりするの、このような結論から逆算した概念操作の結果ではないかとも思われるのである。いずれにせよ、ドイツ法上何が虚偽表示とされ、また虚偽表示とされないかは、一般的な第三者保護規定がないという状況の下で論じられているものであり、わが国でこれを参考にするときには、その法律構成のみを鵜呑みにすることはかえって妥当性を欠きかねず、結論のほうに注目しておく必要があるのではなかろうか。

- (5) 神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書（1）獨逸民法〔I〕民法総則』（一九五五年、有斐閣）一八七頁。
- (6) Motive zu den Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, I, 1888, § 96, S. 192.
- (7) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897, § 17, II, S. 97.
- (8) Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997. S. 657ff.
- (9) 神戸大学外国法研究会・前掲注(5)一八八頁。
- (10) Motive I. § 96, S. 193.
- (11) Protokolle, § 17, II. S. 95ff.
- (12) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 662ff; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl., 1992, S. 404ff.
- (13) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 661.
- (14) 鹿野・前掲注(4)五八頁は、フルーメの見解を参照しつつ、広く善意の第三者保護をはかっていた普通法時代の学説・実務とドイツ民法における第三者保護とは、質的には差がないとも見ることができるという。普通法時代からの議論の流れについては後述するが、単に第三者保護の範囲の問題ではないという意味で、このような見方には疑問がある。また、フルーメは、後述のように、虚偽表示における第三者保護について、特殊な法律構成をすることによって現行法上もこれを広く認めようとする立場である。
- (15) Säcker-Kramer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1, 1993. § 117, Rdn. 16, S. 902.
- (16) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I, 15. Aufl., 1960, S. 1027.
- (17) Dernburg, Pandekten, I, 7. Aufl., 1902, § 100, S. 231; Josef Kohler, Studien der Mentalreservation und Simulation, Jherings Jahrbuch Bd. 16, S. 91ff (§ 3, S. 127ff).デルンブルクは、虚偽表示における善意の第三者保護につき、沿革上そのような原則があるという根拠はないが、ローマ法には、これを明確に否定するものはなく、むしろ、仮装の債権者に対して弁済したときは債権者は免責されていたと述べている。

Dernburg, a. a. O., § 100 Anm. 6, S. 232. ヴィントシャイトは、問題点は指摘するが、態度は明確にしていない。 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Aufl., 1906, § 75 Anm. 3. また、RGZ 20, 336, 340 は、「第三者が法律行為の発生を表示する意思の有効なることを信頼して行為し、かつ、契約当事者の一方が仮装行為を主張することによって損害を被る場合には、このような第三者に対しては仮装行為であることを主張し得ない」という一般論を示していた。さらに、オーストリア民法、ABGB 九一六条二項もまた、表示を信頼して権利を取得した第三者には虚偽表示の抗弁を対抗し得ない旨を一般的に規定している。

(18) Motive I, § 96, S. 193.

(19) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, nebst drei Anlagen, 1896, § 96, S. 164; Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 1890, § 96, S. 164. それによれば、Hartmann, Hachenburg が善意の第三者保護規定を置くべきことを主張している。

(20) Protokolle § 17, II, S. 95ff.

(21) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1027; Staudinger-Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 11. Aufl., 1957, § 117, Rdn. 10, S. 612; Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 17, S. 902; Larenz-Wolf, a. a. O., S. 661; Flume, a. a. O., S. 410.

(22) 制定後まもない時期の主張として、ライプツィヒの帝国裁判所判事であったキールの論文がある。Kiehl, Schutz des Dritten gegen Scheingeschäfte, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 1919, § 15, S. 558ff (560ff.).

(23) RGZ 90. 273 (279).

(24) Vgl., Larenz-Wolf, a. a. O., S. 662; Flume, a. a. O., S. 411; Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 17, S. 902.

(25) Vgl., Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 17, S. 902.

(26) Flume, a. a. O., S. 412.

(27) 鹿野・前掲注(4)五三頁参照。

(28) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 662.

(29) Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 89f.

(30) Canaris, a. a. O., S. 90ff.

(31) Canaris, a. a. O., S. 94.

(32) 以上の議論については、Vgl. auch Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 18, S. 903ff.

(33) Flume, a. a. O., S. 405.

(34) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660.

(35) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660.

- (36) Flume, a. a. O., S. 406.
- (37) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660.
- (38) Flume, a. a. O., S. 406.
- (39) Flume, a. a. O., S. 408.
- (40) RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar Bd. 1, 12. Aufl., 1982, § 117, Rdn. 8, S. 176; Flume, a. a. O., S. 408.
- (41) RGRK, a. a. O., § 117 Rdn. 8, S. 176; Flume, a. a. O., S. 408.
- (42) ただし、不正賃金契約に関しては、民事訴訟法八五〇条のhにより、労働者に対する債権で第三者に対して差押えができる。また、税法上、第三者の所得は労働者の所得となる。Flume, a. a. O., S. 408.
- (43) RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 8, S. 176.
- (44) Dernburg, a. a. O., § 100, S. 232.
- (45) RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 9, S. 176; Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660ff; Flume, a. a. O., S. 406.
- (46) RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 9, S. 177.
- (47) Flume, a. a. O., S. 407.
- (48) Flume, a. a. O., S. 407.
- (49) RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 9, S. 177; Larenz-Wolf, a. a. O., S. 661.
- (50) Staudinger-Dilcher, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl., 1980, § 117, Rdn. 31, S. 247; Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 12, S. 900; Soergel-Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch Bd 1, 12. Aufl., 1987, § 117, Rdn. 11, S. 707.
- (51) Vgl., Staudinger-Dilcher, a. a. O., § 117, Rdn. 29, S. 247.
- (52) Flume, a. a. O., S. 407.
- (53) Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 10, S. 899; RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 10, S. 177; Soergel-Hefermehl, a. a. O., § 117, Rdn. 11, S. 707.
- (54) Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 12, S. 900.
- (55) RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 11, S. 178; Flume, a. a. O., S. 407; Staudinger-Dilcher, a. a. O., § 117, Rdn. 31, S. 247; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1027, Anm. 20.
- (56) Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 12, S. 900; Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660.
- (57) Säcker-Kramer, a. a. O., § 117, Rdn. 13, S. 900; Soergel-Hefermehl, a. a. O., § 117, Rdn. 11, S. 707. ただし、わら人形による会社設立は、一九八一年以降一人会社が認められ、小売業が一人会社に変更されうることになったので (UmwG § 56a)、その実務上の意義を広く失ったといわれる。なお、一九九四年の UmwG 改正により、現在では § 152 以下で規定されているものと思われる。

- (58) RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 10, S. 177.
- (59) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660.
- (60) Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660; Flume, a. a. O., S. 407; Staudinger-Dilcher, a. a. O., § 117, Rdn. 31, S. 247; RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 10, S. 177; Soergel-Hefermehl, § 117, Rdn. 11, S. 707.
- (61) その他、わら人形による行為それ自体が虚偽である場合に虚偽表示となることは当然である。RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 10, S. 177.
- (62) Soergel-Hefermehl, a. a. O., § 117, Rdn. 11, S. 707; Larenz-Wolf, a. a. O., S. 660; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., S. 1027, Anm. 20.
- (63) Staudinger-Dilcher, a. a. O., § 117, Rdn. 30, S. 247.
- (64) RGRK, a. a. O., § 117, Rdn. 10, S. 177ff.

2—3 民法九四条の特殊性と他人による法律行為への適用

以下では、これまでの検討を基に、ドイツ法との比較におけるわが国の民法九四条の特殊性を整理し、他人による法律行為に対するその適用可能性を検討することとする。なお、比較検討では、ドイツ法だけでなく、フランス法も取り上げる。これは、九四条の沿革によるものであり、九四条の特徴を浮き彫りにするためには、ドイツおよびフランス両国との対比が重要であるためである。ただし、九四条の沿革およびフランス法に関する部分は、本章第一節1を要約したものに基づく(65)。

一 規定の沿革上の特殊性

民法九四条の原形は、ボアソナード草案の一三八六条ないし一三八八条に由来する(66)。同一三八六条一項は、「当事者ハ反对証書即チ一時秘密ニ存シ置ク可キ陳述書ヲ以テ表頭公正又ハ私署ノ証書ノ効力ヲ全部又ハ一分変更シ又ハ滅却スルコトヲ得然レドモ其反对証書ハ公正証書又ハ確定ノ日附ヲ有スル私署証書ニ作リタルトキト雖モ手署名及ヒ其相続人ニ対スルニ非サレハ効力ヲ有セス」と規定し、同二項は、「然レドモ各当事者ノ債権者及ヒ特定名義ノ承継人カ当事者ト約定スルニ当リ反对証書アルヲ知リタルカ普通法ニ従ヒテ証セラルルニ於テハ反对証書ヲ以テ其債権者及ヒ承継人ニ对抗スルコトヲ得」と規定していた。また、一三八七条は、不動産の権利に関する反对証書が公示されたときは、その時より通常の効力が生ずる旨を規定し、一三八八条は、当事者の一方の承継人が他の当事者およびその相続人に反对証書を対抗できる旨を規定していた。これは、つまり、反对証書（本証書の変更、滅却を目的とする秘密の証書）は、それを作成した当事者間でのみ効力を有するとするものであり、証書の証拠能力に関する規定という体裁が採られていたのである。旧民法証拠編五〇条ないし五二条は、これを内容的に変更することなく、わずかに表現上の修正を加えただけのものであった。このようなボアソナード草案は、フランス法に由来

する。フランス民法一三二一条は、ボアソナード草案よりも分かりやすく、「反対証書は、契約当事者間においてのみその効力を有する。反対証書は、第三者に対してはその効力を有しない」と規定するが、内容的にはこれと異ならない。

しかし、この規定は、現行民法の起草にあたり変更されることになった。すなわち、起草者によれば、虚偽表示は証書をもってなされとは限らず、口頭でなされることもあり、この両者を区別する理由はないのに、証書の問題に限って規定するのは偏狭に失するので、ドイツ民法に倣って意思表示の一般規定という体裁に変更したとある(67)。法典調査会の主査会および総会では、規定の仕方が変わったことに対する質疑はない(68)。このことは、九四条一項が示すとおりである。しかし、わが国では、ドイツ民法にはない第三者保護規定である九四条二項が規定された。これは、わが国の起草者がボアソナード草案と旧民法の規定を内容的に変更するつもりがなく、旧民法証拠編五〇条二項が悪意の第三者には反対証書を対抗できるとしていたものをそのまま受け継いだためである。主査会で説明にあたった富井政章自身も、この規定は主として当事者が不法の目的を有しているのではない場合を念頭に置いた規定であること、二項が主眼であって一項はなくてもよいようなものだが、一項のように規定しておかないと二項の書きようがなかったことを述べており、二項に力点があったことが窺える。この結果、九四条は、その一項がドイツ民法に、二項がフランス民法に由来するという極めて稀な構造を有する規定となったのである。

二 規定の構造上の特殊性と第三者との関係

(1) ドイツ法

前述のように、ドイツ民法一一七条によれば、虚偽表示は絶対無効であり、同条はなされた法律行為を無効とするための規定である。第三者との利害の調整という発想、機能は、同条にはない。この点で、虚偽表示という制度内でそれをはかろうとするわが国の九四条と決定的に異なる。第三者の保護は、もっぱら、他の特別規定によってはかられる。すなわち、ドイツ民法の虚偽表示の規定は、単に、意思が欠缺しているがゆえに無効な意思表示の一場合についての規定にすぎない(69)。たしかに、第三者保護に関しては、以前から、ドイツ民法の規定は保護に薄いとして、保護を拡大することを目的とした議論があり、それが他人による法律行為の場面で展開され、かつ、本人の授権という観点から議論されていることは、九四条二項の機能を考えるにあたっても興味深いが、ドイツ民法ではそれもまた限定的なものであって、第三者の一般的な保護を意図したものではない。したがって、ドイツ民法上で、特別規定ないしこのような第三者の保護拡大のための議論の範ちゅうに含まれない場合にもなお第三者を保護しようとするときは、当該行為は虚偽表示にあたらなないと法律構成してその有効性を維持する必要がある(70)。

(2) フランス法

これに対してフランス民法では、虚偽表示において第三者が保護されるのは当然である。すなわち、フランス民法一三二一条は、前述のように、反対証書が契約当事者間において

のみその効力を有し、第三者に対しては効力を有しないという体裁で規定されている。ここにいう反対証書とは、外形行為の内容を修正または排除するすべての秘密の合意のことをいうと解されており(71)、また第三者は秘密の合意を知らない者、すなわち善意であることが要求されると解されているので(72)、同条は、結局、当事者間でなされた秘密の合意の効力を善意の第三者には主張できないという内容の規定となっている。しかし、これは、わが国の九四条のように、なされた意思表示は無効だが第三者に対してはそれを主張できないとするような規定ではなく、第三者との関係では当事者間でなされた秘密の合意が対抗できないとするにとどまる点が特徴的である。すなわち、この規定の下では、当事者間の外形的な合意と秘密の合意とは、ともに有効に併存 (coexistence) しており、ただ秘密の合意は、当事者間では外形的な合意の効力を修正・排除する合意として有効であるが、秘密であるがゆえに善意の第三者にはその効力を主張できないにすぎないのである(73)。フランスでは、虚偽表示に関して、一三二一条以外に、明文の規定はないが虚偽表示確認の訴え (action en déclaration de simulation) が認められており、秘密の合意が存在しない単なる虚構 (acte fictif, fiction) の場合 (執行免脱を目的とした不動産売買などの場合) も、一三二一条の場合もともにこの訴えの対象となる虚偽表示とされる(74)。しかし、一三二一条は、有効に存在する合意の効力の及ぶ範囲に関する規定であり、これが適用されるのは当事者間に秘密の合意が存在する場合でなければ意味がないので、虚構のような場合はこの規定が適用されるわけではなく、不正行為 (fraude) であるがゆえに無効となるにすぎない(75)。したがってまた、虚構のような場合には、この訴えによってそれが虚偽表示であるとされたとき、これに連動して善意の第三者保護が予定されているといったことはない。

(3) 民法九四条の構造と第三者

以上のようなドイツ法、フランス法と異なり、わが国の民法九四条は、前述したような沿革から特殊な規定の構造を有しており、それが第三者との関係でも大きな違いを生ずるようになっている。すなわち、九四条は、一項では、ドイツ民法のように意思表示が無効であることを規定しつつ、二項では、フランス民法のように善意の第三者保護を規定している。これは、本来は無効な意思表示であっても、虚偽表示では特別に第三者保護がはかれるということであり、フランス法にもドイツ法にも見られない特殊な規定の仕方であるだけでなく、内容的にも、なされた外形的な法律行為は、フランス法のようにそのまま有効でもなく、ドイツ法のように絶対無効でもない特殊な無効であるということになっている (学説上、相対無効といわれているが、そのことの内容は一定していない)。

このような規定の仕方を探っている結果として、第一に、九四条は、フランス法と異なり、第三者が虚偽表示であることを知っているときでも適用できる。フランス法では、秘密の合意が存在することが一三二一条が適用される前提であるから、第三者が悪意であるときは、「秘密」の合意ではなくなり、外形的になされた行為と内容的に抵触しつつ併存するものがなくなるので、一三二一条の適用がなくなる。その合意がそのまま有効であることは当然の結果となるが、第三者の善意および悪意の場合双方を取り込んで、虚偽表示の

当事者間で行われたことが何であったのかということに関する統一的な説明に欠けることになる。これに対して、九四条は、秘匿行為の側からでなく、外形行為の側から規定しているので、第三者の善意、悪意の両方の場合とも、同条の下で対応することができる。すなわち、外形的な法律行為を無効とするにはこれを虚偽表示であるとして九四条一項を適用しておいて、同時に、第三者の善意・悪意に応じて九四条二項に従って対応すれば足りる。また、第二に、九四条は、ドイツ法と異なり、外形的な法律行為を無効とする場合でも、九四条一條の中で、同時に善意の第三者保護をはかることができる。すなわち、ドイツ法では、くり返し述べたように、特別規定以外で第三者を保護するためには当該行為が虚偽表示にはあたらないという必要がある。これに対して、九四条では、第三者が虚偽表示を知っているときは、一項をそのまま適用するとともに、知らないときには、九四条二項を適用するというように、虚偽表示の範ちゅうで問題を処理することができる。このように、九四条は、ドイツ法やフランス法と異なり、一條で外形的な法律行為を無効としつつ第三者の善意、悪意のいずれの場合にも対応できる規定となっているのである。

三 他人による法律行為に対する民法九四条の適用可能性

(1) ドイツ法

ドイツ民法上で議論されているわら人形の行為は、行為態様としては、ここで問題にしている他人による法律行為、すなわち、他人が自己の名で本人のためにする行為であり、構造的には虚偽表示と異なるところがないが、ドイツ法上は、原則として真実望まれた行為であって、行為の相手方が、わら人形の行為であること、かつ、背後にいる本人に法律効果が帰属するということを知っているときのみ、虚偽表示になる。それ以外の場合は、虚偽表示ではなく、そのまま有効な行為となる。すなわち、たとえ本人が自己に法律効果が帰属することを望んでいたとしても、行為の相手方が善意であるときには、虚偽表示にならない(76)。逆の言い方をすれば、もし相手方が善意のときでも虚偽表示であると構成すると、ドイツ法上は無効となり相手方を救済できなくなってしまう。このような結果は、法律構成としては、相手方の知・不知の内容によって本人の意図した内容が変わるとするという点でドイツ法に特有のものであり、特殊であるが、結論としては、虚偽表示であることを知らない場合には外形的な表示が効力を有するので、行為者である他人と相手方との間で法律関係が成立し、知っている場合には外形的な表示は無効となるが、秘匿行為が有効になるので、法律関係は本人と相手方との関係で成立するということになる。

(2) フランス法

フランスでは、他人が自己の名で本人のためにする行為には、二つのものとされている(77)。すなわち、フランス法上の虚偽表示の態様の一つには、行為の主体の仮装(*interposition de personne*)があり、これは、他人が外見上はその者の計算で、しかし実際には本人の計算で行為する場合であるとされている。しかし、同時に、これと区別すべきものに名義貸し(*prête-nom*)があるとされている。ところが、これもまた、他人が本人

のために相手方と法律行為を締結するが、実際には本人のためになされる行為のことをいうとされているので、両者の区別が問題となる。そして、その区別は、行為の相手方が自己と契約する者が実際には別の者であることを知っているか（前者）、知らないか（後者）にあるとされている。

しかし、本人と本人に代わって行為する行為者との関係だけを見るときは、その構造は同一であって、相手方の善意、悪意によって区別することには、疑問がないわけではない。フランス法では、ドイツ法と異なり、たとえ虚偽表示にあたると法律構成しても、秘密の合意を知らない第三者は救済されるので、第三者の保護のために虚偽表示概念を操作する必要はないはずだからである。それにもかかわらず、このような区別をするのは、一三二一条が秘密の合意に関する規定であることから、外形的な行為の効力を問題とするのではなく、秘密の合意が誰と誰との間で存在するかを問題にしようとする思考態度による。すなわち、本人と相手方とを当事者と考えると、行為の主体の仮装では、秘密の合意を相手方が了解しているので虚偽表示となり、名義貸しでは、相手方が了解していないので秘密の合意がなく虚偽表示ではないとされるのである。このような法律行為の当事者をどうみるかという説明は、ドイツ法上のわら人形の行為についてもみられたものであるが、前述のように、ドイツ法では、これらを区別することは、その効果と直結する議論であった。これに対してフランス法では、両者を区別しようと、そうではなく両者ともに虚偽表示であると構成しようと、その法律効果に違いを生ずるわけではない。すなわち、フランス民法の一三二一条は、秘密の合意の効力の及ぶ範囲についての規定であるから、たとえ秘密の合意は本人と行為者である他人との間に存在するとみても、行為の主体の仮装の場合には秘密の合意の効力を相手方にも主張でき、名義貸しの場合には相手方にはその効力を主張できないとすれば足り、結論は、上記のような意味での虚偽表示概念の区別に影響されない。このため、最近では、両者はともに虚偽表示であると解した上で、相手方の知、不知に応じて区別するという統一的な説明をする学説もみられる。このように、いかなる場合を虚偽表示とし、また虚偽表示にあたらないとするかについて、フランスでは、一三二一条が秘密の合意の効力に関する規定であるということに引きずられたと思われる議論があるが、結論としては、ドイツ法と同様に、秘密の合意を知らない場合には外形的な表示が効力を有するので、行為者である他人と相手方との間で法律関係が成立し、知っている場合には、秘密の合意の効力として法律関係は本人と相手方との関係で成立するということになる。

（３） わが国における法律構成

以上のように、他人による法律行為の中でも、他人が本人のために自己の名でする法律行為について、ドイツ法、フランス法では、それぞれの虚偽表示規定の特色に応じて、それぞれに特殊な法律構成上の議論がある。虚偽表示にあたるか否かについてもそれぞれで事情が異なる。しかし、その具体的な結論とするところは、法律関係は、本人のための行為であることを相手が知っていれば、本人と相手方との間で成立し、知らなければ、行為

者である他人と相手方との間で成立するというものであり、同一である。

このような結論は、結果的に妥当であるが、わが国では、このような結論を導くためには、九四条一條のみで十分対応ができる。すなわち、わが国の九四条は、前述したように、その特殊な沿革から、結果的には、ドイツ法のように第三者保護の欠如とその補充を意識した議論をする必要がなくなっていると同時に、フランス法のように秘密の合意の効力規定であるということを意識した議論をする必要もなくなっているのである。そして、このような事情に影響されることのないわが国では、他人が本人のために自己の名でする法律行為は、第三者である行為の相手方の善意、悪意にかかわらず、いずれの場合も九四条にいう虚偽表示であると構成した上で、第三者が悪意であれば本人との間で、善意であれば行為者である他人との間で法律関係が成立すると構成すれば足りるのではなかろうか。換言すれば、もしそのように構成しなければ、ドイツやフランスと同様の具体的な結論を統一的なかたちでは導くことができないのではなかろうか。

ボアソナード草案は、フランス法の影響の下で書かれたものとはいえ、ボアソナードが虚偽表示の典型例として考えていたのは、いずれも本人が他人によって行為をする場合であり(78)、それは現行民法の起草者の説明にも受け継がれている(79)。今日、虚偽表示の典型的な事例と考えられている執行免脱のための不動産売買の仮装のような場合が虚偽表示の事例として説明に現われるのは、むしろ後年のことである(80)。すでに見たように、ドイツ法、フランス法の虚偽表示概念は、それぞれの法制度の下での規定の仕方に応じた概念であって、わが国はわが国なりの虚偽表示概念を構築すればよく、ドイツのような絶対無効という効果の下での虚偽表示概念にも、また、フランスのような秘密の合意の効力という規定の下での虚偽表示概念にも拘束される必要はないように思われる。このように、民法九四条は、沿革的には、特殊な事情によってできた規定ではあるが、今日では、他人による法律行為について、「虚偽である」というマイナスイメージを超えた利用価値の高い規定といえるのではなかろうか。

(65) 中舎寛樹・前掲注(3)参照。

(66) 民法九四条の沿革については、稲本洋之助『注釈民法(3)』(一九七三年、有斐閣)一五〇頁、柳沢・前掲注(4)七四頁、武川幸嗣「虚偽表示における対第三者効の法構造序説」慶應義塾大学大学院法学政治学論究一二号一四三頁、同「フランス法における外觀法理と仮装行為理論の関係」同一六号二〇九頁、小野健太郎「民法九四条の趣旨」日法五九卷四号二五一頁、鹿野・前掲注(4)五五頁のほか、第一章第一節1—4—1参照。

(67) 広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(一九八七年、有斐閣)第九二条理由。

(68) 『法典調査会民法主査会議事速記録』(一九八八年、商事法務研究会)六三八頁以下、『法典調査会民法総会議事速記録』(一九八八年、商事法務研究会)五〇五頁以下参照。

- (69) 前述、2—2—1参照。
- (70) 前述、2—2—2参照。
- (71) 第一章第一節1—3参照。
- (72) 第一章第一節1—3参照。
- (73) 第一章第一節1—3参照。
- (74) 第一章第一節1—5—1参照。
- (75) 第一章第一節1—5まとめ参照。
- (76) 前述、2—2—3(2)参照。
- (77) 第一章第一節1—4—6参照。
- (78) 第一章第一節1—6—1(一)参照。具体的には、①他人に信用を付与するために、債権を仮装しその債務者となる場合、②ある者が会社の管理人になるために、株式を譲渡したことにする場合、③被選挙人資格を取得するために不動産名義を移転する場合、④外国人が不動産を取得するために日本人の名を借りの場合を挙げている。
- (79) 第一章第一節1—6—1(二)参照。会社の取締役になるために株式名義を借りの場合、被選挙人資格を得るために不動産の所有名義を借りの場合を挙げている。
- (80) 富井政章『民法原論第一巻総論』(大正一一年合冊版)(一九二二年、有斐閣)四二九頁参照。

第二節 民法九四条二項の類推適用

1 無権利者からの不動産の取得

1—1 登記の公信力と不動産の善意取得に関する民法の態度

一 公信力・善意取得制度が採用されなかった理由

民法典は、不動産登記簿に公信力を認めていない。また、不動産の善意取得に関する規定も採用していない。しかし、その理由は、民法の起草過程からは定かではない。法典調査会での議論や起草者の著作を見ても、その関心は、不動産物権変動の公示ないし対抗問題に向けられており、公信力や善意取得に関する記述は何ら見当たらない(1)。

ただ、岡松参太郎博士は、動産の善意取得に関する一九二条について解説する中で、動産取引が頻繁に行われるにもかかわらず真正所有者であるかを鑑識することの困難性があることから、動産取引には善意取得制度が必要であることを説いた後、民法が不動産の善意取得制度を採用しなかった理由について、「不動産ニ於ケル権利ノ授受ハ之ニ反シ動産ニ於ケル如ク頻繁ナラス且其授受ニ付テハ通常証書又ハ登記ニ依ルヲ以テ不動産上ノ権利ノ所在ハ極テ明白ニシテ一見直ニ之ヲ分別スルコトヲ得故ニ真ノ所有權〔「者」の誤植であろう一筆者注〕ニアラサルモノヨリ之ヲ買受ケタル場合ニハ其買受人ノ不注意ニ因ルモノト

為シ責任ニ帰スルコトヲ以テ当然ナリトス是レ不動産ニ付テハ本条ノ規定ヲ設クルノ必要無シトシテ本条ヲ以テ動産占有権ノ効力ト為シタル所以ナリ」と述べており(2)、不動産取引が動産取引と比較して頻繁ではないことおよび、証書や登記から真の所有者を知ることができることから、無権利者からの取得者を保護する必要性がないという認識が当時一般的に存在していたことを窺うことができる。

また、鳩山秀夫博士は、後に、民法が登記に公信力を付与しなかった理由について、「不動産取引に付ては不動産物権の性質上静的安全を保護するを以て社会の利益に適応するものと考へたりと言ふの外、他に合理的理由を発見するを得ざるなり」とし、「民法は不動産に付ては静的安全を以て動的安全より重しとなしたるが為めに公信主義を採ること無かりしなり」と述べ(3)、不動産取引においてはいわゆる静的安全を重視したことがその理由であったと推測している。

戦後、川島武宜教授は、以上のような不動産取引の非頻繁性という理由づけを民法制定当時の社会構造の分析から基礎づけた。それによれば、当時は、①農地についての売買や抵当権設定は、現実的で特殊な人的関係に基づいてなされ、登記への信頼を中心として動く非＝人的な・純＝物的な物権取引ではなかった、②町地も、第一次大戦前は、大都市部においても投機取引の対象ではなく、また資本獲得のための抵当金融の基礎となっておらず、そこでは取引の安全を保障するものは人的色彩の強い信頼関係であった、③産業資本への金融における信用の基礎は、個々の財産の交換価値そのものではなく、企業の収益見込みであった、④高利貸金融は、現実的な人的な強制によって担保されていた、というような事情があったとする。そして、そのことから、「民法制定当時におけるわが国の不動産取引、わけても不動産金融においては、人的色彩のない・純粹に物的な・対等主体者間の近代的取引が数多く頻繁に行われるという事情が存在しなかったという事実。民法が、登記の公信力を規定しなかったことのもっとも大きな理由はこの点にあったと認めるべきであろう」と指摘した(4)。他方、当時における登記に対する意識について、同教授は、わが国では、①登記所は威厳高き「おかみ」の役所であり、一般の意識においては、登記は、単なる事務的・手段的なものではなく、すこぶる重大な行為であること、②日本の民衆にとっては、登記簿の記載は、単なる事実の表示ではなく、動かしがたい権威であることから、「ひとは、一たび自分の意思にもとづいて登記がなされた以上、それはもはや争うことのできないものであり、ただ権利者の意思にもとづかないで一彼の知らないうちに第三者によって一登記簿上の変動が生じた場合には、それを争い得る、という法意識」が存在しており（「登記のゲヴェーレ的な効力」、事実上の「登記の無因性」といわれる）、権利者の意思に基づかないで登記が行われた場合には、むしろ所有権の「静的安全」の保護が要求されるという事情があったと指摘している(5)。

また、広中俊雄教授は、川島教授の指摘を引用したうえで、「登記のゲヴェーレ的な効力」、事実上の「登記の無因性」が取引の安全を担保したとの示唆については、九四条二項の適用（傍線一筆者）可能性が重要であること、権利者の意思に基づかないで不実登記がなさ

れた場合に関する指摘については、「権利者が不実登記作出者の不始末をかばうことにより結果的に九四条二項が適用可能な状態となる場合は別として、権利者が〔不実登記作出者の〕不始末をかばうことなく『家』の物的基礎たる『家』財産（中心は不動産）を守ろうとすることによって『静的安全』の貫徹となるが多かったのでであろう」とし、わが国における登記と九四条二項との関わり方を示唆するとともに、不動産の善意取得制度の阻止的要因として「家」の存在があったことを指摘している(6)。

以上からみて、民法制定当時の不動産取引がそれほど頻繁ではなく、取引が行われても、それは人的色彩のない純粋に物的な取引として行われることはあまりなかったというのが、不動産登記に公信力を付与せず、また、不動産の善意取得制度を設けなかった最大の理由であるといつてよいであろう。

しかしまた、同時に、このような理由をみる限りでは、後に判例による九四条二項類推適用が台頭し、これが「結果的」には、わが国における登記の公信力ないし善意取得制度の欠如を補うものとなっていることは疑いないとしても、それが、上記の理由のうちどの部分に関わるものなのかの判断は慎重になされるべきものとなろう。というのは、後述の判例の整理から明らかなように、九四条二項の類推適用には、「登記そのものに対する第三者の信頼」を保護しようという側面とともに、「真の所有者の意思的な関与に対する責任」を課すという側面とがあり、これは、ちょうど上記のようなわが国における登記に対する事情の変化と法意識とを汲み取りうるものとなっているからである。こうしてみると、判例による九四条二項類推適用には、①民法制定当時の不動産取引の実状が変化し、純粋に物的な取引の増加とともに登記それ自体の公信力への要請が高まったために必要になった解釈上のテクニックであるという方向での理解と、そうではなく、②基本的にはこのようなわが国の事情の上になお立脚しつつ、人的な色彩を帯びた、すなわちわが国特有の、真の所有者の意思に基づいた登記に対する法意識を実定法上も保護の対象とするためのテクニックであるという方向での理解とがありうるように思われ、判例を評価するにあたって十分注意すべき点であろうと思われる。

- (1) 半田正夫「不動産登記と公信力」星野英一編集代表『民法講座第二巻』（一九八四年、有斐閣）一九八頁も、「立法者が登記に公信力を与えなかった理由については必ずしも明白でない」とする。川井健「不動産物権変動における公示と公信」我妻栄追悼『私法学の新たな展開』（一九七五年、有斐閣）二九九頁では、民法典の制定当初から鳩山秀夫博士以前までは、「公信」という問題自体が意識されていなかったと指摘する。
- (2) 岡松参太郎『注釈民法理由中巻』（一八九七年、有斐閣）八三頁。
- (3) 鳩山秀夫「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」同『債権法における信義誠実の原則』（一九五五年、有斐閣。初出は法協三三巻七号、九号、一二号）四三頁、四八頁。
- (4) 川島武宜『所有権法の理論』（一九四九年、岩波書店）三一―一頁以下。

(5) 川島・前掲注(4)三一七頁以下。

(6) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（一九九七年、有斐閣）四九頁。

二 九四条二項と不動産取引との関係

他方、今日、判例により登記の公信力のなさを補うものとして類推適用の対象となっている九四条は、そもそも不動産取引とどのような関係に立っているものであろうか。九四条は、ボアソナード草案の一三八六条ないし一三八八条とそれを受け継いだ旧民法証拠編五〇条ないし五二条がフランス民法に倣って、反対証書（本証書の変更、滅却を目的とする秘密の証書）はそれを作成した当事者間でしか効力がないと規定していたものを、証書の問題に限るのは偏狭に失するものとして、ドイツ民法に倣い、意思表示の一般規定という体裁に変更したものである(7)。九四条は、とくに不動産取引のみを対象とした規定ではない。ボアソナードや現行民法の起草者の掲げる例には、被選挙資格を得るために不動産の所有名義を借り受ける例や(8)、外国人が日本の不動産を買い受けるにあたり日本人の名義を利用する例(9)があるが、こういった場合のみに限定する趣旨ではない。ただし、九四条二項のような規定は、ドイツ民法にはなく、ボアソナード草案、旧民法が規定していたのをそのまま受け継ぐかたちとなっており、これがわが国では特殊で重要な意味を有することになった。すなわち、ボアソナード草案、旧民法では、反対証書は秘密のものであるがゆえに当事者間でのみ効力を有することの当然の結果として、善意の第三者には「反対証書の効力を」対抗できないとされていたにすぎないのに対して、九四条二項では、「意思表示の無効を」対抗できないとされたことにより、本来は無効なものについて特別に第三者保護がはかられることになったのである。こうして、わが国の民法が登記に公信力を認めない一方で、虚偽表示という限られた分野においてではあるが、九四条二項が公信力の欠如を補うものとして機能するのは、規定の構造上から自明のことであったといえよう(10)。このような規定について、「通謀虚偽表示」の意味を広く解釈すれば、第三者保護の幅は当然広がりうるものであり、ここに判例による九四条二項類推適用の拡大の出発点を看取することができる。

(7) 広中俊雄『民法修正案（前三編）理由書』（一九八七年、有斐閣）第九四条理由。九四条の沿革については、稲本洋之助『注釈民法（3）』（一九七三年、有斐閣）一四九頁以下、武川幸嗣「虚偽表示における対第三者効の法構造序説」慶應義塾大学大学院法学政治学論究一二号一四三頁、同「フランス法における外観法理と仮装行為理論の関係」同一六号二〇九頁、小野健太郎「民法九四条の趣旨」日法五九卷四号二五一頁、鹿野菜穂子「虚偽表示無効」法時六九卷二号五五頁のほか、第一章第一節1—6一参照。

(8) ボアソナード氏起稿『再閣修正民法草案註釈第五編』（発行年不明、司法省）二九五頁以下、『民法主査会議事速記録』商事法務版（一九八八年、商事法務）六四二頁〔富

井発言]、梅謙次郎『民法要義（一）』（復刻版）（一九九二年、信山社）一八〇頁。

(9) ボアソナード・前掲注(8)二九七頁。

(10) 詐欺に関する九六条三項も同様の機能を持つことになった。我妻栄『物権法』（一九五二年、岩波書店）一三〇頁参照。柳沢秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」志林七〇巻一号一〇七頁以下は、九四条二項自体が登記の公信力を認めた規定であると解するが、そこまでの見方は困難であろう。

三 公信力に関する立法論との関係

民法制定以降、学説では、登記の公信力の問題は、解釈論としてではなく、立法論として展開されてきた。この間の議論の推移については、すでに多くの論考が著わされており(11)、以下では、立法論と九四条二項類推適用との関わりという視点から簡単にまとめるにとどめることとする。

わが国で最初に公信力の立法論を展開したのは、鳩山秀夫博士である。同博士は、すでに一九一五（大正四）年に、博士自身の命名による「相対的公信主義」を提唱し、権利者の行為に関係なく不真正の登記が生じた場合、たとえば他人が権利者と偽って保存登記をした場合とか他人が偽造の申請書により登記した場合には、公信力を認めるべきでないが、権利者の行為と登記の誤謬との間に原因—結果の関係がある場合、すなわち、登記原因である法律行為が無能力、強迫により取り消され、または錯誤、無権代理により無効である場合には登記に公信力を認めるべきであり、その旨の条文を民法中に規定すべきことを主張した(12)。

このような主張は、不実登記が権利者の行為ないし意思に基づき作出された場合に善意の第三者を保護しようとするものであり、内容的にみると、今日の九四条二項類推適用論にきわめて近いものがあることには注意が必要であろう(13)。しかし、当時、博士自身が解釈論として展開されることはなかったし、また他の学者によって解釈論的に継承されることもなかった。他方、立法論としては、その後、公信力採用論は絶頂期を迎えた。すなわち、学説では、わが国も登記の公信力を採用すべきことを主張しつつ、ドイツの制度の詳細な紹介がなされ(14)、また、実際の立法でも、一九三一（昭和六）年の抵当証券法は、抵当証券の交付に際して、利害関係人に異議申立権を認めつつ（六条）、異議の申立がないときは善意の取得者に対抗できないとして（一〇条）、抵当証券について一種の公信力を認め(15)、一九三七（昭和一二）年の満州国民法典は、登記を物権変動の効力発生要件とし、公信原則を採用していた(16)。

しかし、戦後になると、逆に、公信力の立法に対しては否定的な見解が示されるようになった。すなわち、川島教授は、前述したように、わが国が民法制定時に登記の公信力を採用しなかった理由を分析した後、その後不動産金融や土地取引が頻繁になってきたにもかかわらず登記の公信力への要求が出ていないのは、「登記のゲヴェーレ的効力」によって取引の安全が担保されているからであり、権利者の意思に基づかないで登記がなされた場

合にも静的安全を否定して公信力を要求するようになるためには、流通抵当制度が成長することが必要であって、「民法中に登記公信力の規定がないことは、立法当時の不動産取引の実状からみてむしろ当然であったのみならず、現在においても、登記公信力の立法化は、実際界においてはそれほど必要と感ぜられていない」(17)とした。

また、山田晟博士は、農地取引については農地法による全面的統制があること、建物についてはたえず増築・新築・取壊しがあるため現実との乖離を生じやすいこと、担保権流通の原動力は担保権そのものの価値より人的信用であり、登記の公信力が流通を促進することもないことから、わが国では登記に公信力を付与する必要はないと主張し、取引にあたって十分な事前調査をすれば損害を受けることは少なく、それでもカバーできない場合は、詐欺・虚偽表示の第三者保護規定をたとえば錯誤の場合にも置くというように個々の的に拡張すればよいと主張した(18)。最後の部分は、立法論として述べられた部分ではあるが、これを解釈論的にとらえるときは、今日の九四条二項類推適用論を想起させるものであり、注目される(19)。

これ以降も、学説では、消極論が相次いで主張されるなかで(20)、幾代通教授は、積極論を展開した。それによれば、登記に公信力を付与するか否かという問題は、登記を物権変動の成立要件とすること、実質的審査権を与えること、国家補償制度を確立することとは別個に、それ自体独立して解決しうる問題である、また、公信力を認めることは不動産利用を害するものではなく、むしろ現実になされつつある不動産利用を保護するものである、さらに、真正権利者の権利喪失を予防するためには、保証書による登記申請の際にとられている事前通知制度（不登四四条、四四条ノ二）を権利に関する登記一般に拡張すべきである、そして、公信力を認めることによってとくに行政機構改革や予算措置を講ずる必要はないので、すぐにでも公信力を付与すべきであると主張した(21)。鳩山博士の相対的公信力論に対しては、巧妙な折衷案と評価しつつ、動産と異なり、不動産については公信力が働く場合を登記が任意に移転された場合のみに限定すると、公信力のはたらく余地はかなり狭くなってしまうので、相対的でなく絶対的な公信原則が望ましいとしている(22)。幾代教授のここでの主張は、立法論であり、解釈論を展開するものではなかったが、後に、同教授は、解釈論としては、取消しと登記の問題について九四条二項類推適用による解決を提唱し、「民法九四条二項やその類推適用というのは、一種の善意取得者保護の制度であり、限定された公信原則の採用という機能を有するものである」(23)としていることは周知のところである。

こうしてみると、ここでの観点から興味深いのは、立法論における積極論と消極論の対立とは対照的に、公信力が立法されていない現状においてどのように対処すべきになると、論者の対立はほとんどないに等しいという点である。すなわち、考え方としては、鳩山博士が提唱したように、「不実登記が権利者の行為ないし意思に基づき作出された場合に善意の第三者を保護する」ことを基礎として、そのための方法としては、山田博士が主張したように、「詐欺・虚偽表示の第三者保護規定を個々の的に拡張する」方法を採用、これ

を解釈論として展開するために、幾代教授が提唱したように「九四条二項を類推適用する」というように整理すると、これまでの立法論の議論における各論者の主張は、この中のいずれかの部分に込められることになってしまうのではなかろうか。従来、公信力の立法論は、解釈論とは結び付かないかたちで展開されてきたものであり、判例による九四条二項類推適用との直接的な理論的接点もないというのが一般的な理解であったと思われるが、こうしてみるときは、少なくとも、判例による九四条二項類推適用が出現する前の時期に、すでに学説では解釈論を展開するための土台が形成されていたといってもよいのではなかろうか（ただし、九四条二項を類推適用した最初の判決である、後述〔最1〕は、戦前の判例の流れを単に受け継いだにすぎないものではないかと思われる）。

- (11) なかでも、議論の流れを整然とまとめるものとして、原島重義「不動産登記に公信力を賦与すべきか」ジュリスト三〇〇号一三二頁、半田正夫「不動産登記に公信力を付与すべきか」『民法の争点Ⅰ』（一九八五年、有斐閣）一一八頁、同・前掲注(1)二〇〇頁以下がある。
- (12) 鳩山・前掲注(3)八三頁以下。
- (13) 米倉明「判批」法協一〇六卷六号一一一四頁。
- (14) 石田文次郎「ドイツ法に於ける不動産登記の公信力」法時六卷一号四〇頁、藤本秀麿「獨逸法系不動産登記簿の公信力に就いて」法協五三卷四号七〇五頁、五号九二二頁、六号一一三八頁。
- (15) 我妻栄「不動産物権変動に於ける公示の原則の動揺」法協五七卷一号一八頁以下は、この法律に対して鳩山説が影響を与えたと指摘している。
- (16) 我妻博士、穂積重遠博士が立法に関与した。都会の土地に対して日本の投資を必要としたためであるといわれている。登記制度研究会「会社法改正の問題点」私法九号七六頁。
- (17) 川島・前掲注(4)三一九頁。
- (18) 山田晟「土地の動化について」田中耕太郎還暦『商法の基本問題』（一九五二年、有斐閣）四二八頁以下。
- (19) 後に、山田晟『注釈民法』（一九六七年、有斐閣）三七三頁は、第三者を保護すべき場合にも、登記を真正なものとみなすという形式によるよりも、物権変動の無効または登記名義人の無権利を第三者に対抗しえないという形式によるほうがわが民法の体系に合致するとしている。
- (20) 我妻・前掲注(10)一五〇頁以下、登記制度研究会・前掲注(16)七五頁、原島・前掲注(11)一三二頁など。なお、半田教授の整理（同・前掲注(1)一九八頁）によると、消極論の論拠の概要は次のようである。①わが国における不動産取引においては公信力を認めなければならないほどの社会的必要性がない、②公信力を認めると不動産の商品化、不動産の価値的集中を促し、用益権を脆弱にする、③実質的審査権、国家補償制

度なくして公信力を認めると、静的安全がはなはだしく害される、④民法の意思主義＝対抗要件主義は公信原則と論理的に矛盾する、⑤登記が不動産の現況を正確に表示していないことが少なくなく、これを完全にすることなく公信力を付与するのは危険である。

(21) 幾代通「不動産登記と公信力」名法三巻一号一頁、同「不動産登記の公信力問題に関する若干の補論」東北法学会雑誌一四号三一頁。その他に積極論として、半田・前掲注(1)二三〇頁など。

(22) 幾代・前掲注(21)「不動産登記と公信力」一二頁。

(23) 幾代通「法律行為の取消と登記」於保不二雄還暦『民法学の基礎的課題（上）』（一九七一年、有斐閣）六六頁。

1—2 判例による法形成

一 判例を整理する視点

第二次大戦後、わが国の判例は、九四条二項の類推適用によって、無権利者から不動産を取得した者を保護してきた。今日では、九四条二項類推適用は、要件的にややあいまいな点を残しつつ、裁判上、あたかも一個の条文であるかのように定着しており、類推適用という解釈技術を利用して判例による新たな法形成が行われたのと同様な状況を呈している。この一連の判例による九四条二項類推適用の展開過程は、これまでも学説によって、とくに最高裁判決を中心に、数多くの整理・分析が試みられてきた(24)。

これらの研究によって、今日では、判例による九四条二項類推適用には、大きく分けて次の三つの類型があるとまとめられるようになっている。すなわち、①外形自己作出型——真の権利者と登記名義人との間に虚偽の意思表示はないが、真の権利者によって虚偽の登記名義が作出されている場合、②外形他人作出型——他人によって虚偽の登記名義が作出され、真の権利者がこれを承認している場合、③意思外形非対応型——虚偽表示をすることについて合意し、いったん虚偽の外形が作出されたが、その後、合意の範囲を超える虚偽の登記名義が作出されてしまった場合（この場合には九四条二項に合わせて一一〇条も類推適用されている）である。これは基本的には、四宮教授の類型化に従ったものである(25)。

以下でも基本的には、このような分類に従って裁判例を整理することが便利であろうと思われる。ただ、下級審を含めた数多くの裁判例をみると、これらの類型はかならずしも同一時期に併行して現れておらず、時期のずれが相当認められるし、消えつつある類型や新たなタイプの紛争もみられる。また事例数もかなり異なる。さらには、戦前の大審院判例や最高裁判決が出なくなった以降の最近の裁判例との関わりも検討する必要がある。とりわけ、一九七三（昭和四八）年にかなり緩やかに類推適用を認めた最高裁判決が出されて以降の裁判例の動向は、これまでの整理にみられるような類推適用拡大一辺倒ではなく、

九四条二項類推適用に対して限定的な態度を取るようになっており、これは、類型の違いを超えた問題であるようにも思われる。一連の裁判例を検討してみると、最終的に、上記のような三分類が今後もなお意義を有するかについて疑問を抱かざるをえない点もある。したがって以下の整理では、基本的には、上記の三類型を念頭に置いて判例の事案説明で用いつつ、それを単に並列的にとらえるのではなく、時代的な動向を加味して、九四条二項類推適用に関する大審院判例から最近の下級審裁判例に至るまでの全体像を浮き彫りにするよう試みたい。なお、事例の紹介は、ここでの検討の性質と制約上、最小限のものとならざるをえず、個々の事例に特有の問題についてはふれることができない。また、事案の紹介にあたっては、判例の流れを理解しやすくするために、できるかぎり、「真の権利者をA、登記名義人をB、第三者をC」で共通して示すことにする。

- (24) 柳川俊一「不動産の売買と公信の原則」『不動産法大系Ⅰ』（一九七〇年、青林書院新社）二三一頁、鈴木重信「登記と外観理論」東洋法学一三卷三＝四号三三頁、田中実「虚偽表示による無効の登記と善意の第三者」民事研修一六七号二二頁、四宮和夫「判批」法協八八卷三号三六五頁、同「判批」法協九一卷三号五四二頁、同『民法総則〈第四版〉』（一九八六年、弘文堂）一六九頁、星野英一「判批」法協八九卷六号七二六頁、同「判批」法協八九卷七号八五八頁、吉田眞澄「仮装登記と民法九四条二項」判タ二七六号二六頁、同「民法九四条の拡大適用」石田喜久夫編『判例と学説』（一九七七年、日本評論社）八〇頁、同「民法九四条二項の類推適用とその限界について」『民法の争点Ⅰ』（一九八五年、有斐閣）四二頁、藤原弘道「不動産の善意取得を保護するための民法九四条二項の類推ないし拡張の限界」判タ二八一号四頁、高島平蔵「不動産登記と民法九四条二項」『続判例展望』（一九七三年、有斐閣）九五頁、同「民法九四条二項の『善意』と無過失の要否、善意者の対抗要件具備の要否」『民法の争点Ⅰ』（一九八五年、有斐閣）四〇頁、米倉明「判批」法協九二卷二号一七一頁、同『債権譲渡』（一九七六年、学陽書房）二〇一頁以下、安永正昭「民法における信頼保護の制度とその法律構成について」神戸二七卷一号一頁、二八卷二号一二七頁、松井宏興「民法九四条二項類推適用論の一考察」磯村哲還暦『市民法学の形成と展開（下）』（一九八〇年、有斐閣）八五頁、半田正夫「民法九四条二項の類推適用」内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫還暦『現代民法学の基本問題（上）』（一九八三年、第一法規）九七頁、同・前掲注(1)星野編『民法講座第二卷』一九七頁、川井・前掲注(1)二九七頁、同「民法九四条二項類推適用論」『不動産物権変動の法理』（一九八三年、有斐閣）八頁、村井衡平「民法九四条二項の類推適用」林良平＝安永正昭編『ハンドブック民法Ⅰ』（一九八七年、有信堂）四五頁、高森八四郎『新・判例コンメンタール民法Ⅰ』（一九九一年、日本評論社）二〇一頁以下、能見善久「民法九四条二項の類推適用」星野英一編『判例に学ぶ民法』（一九九四年、有斐閣）二六頁、滝沢幸代「民法九四条二項と民法一七七条の適用関係」星野英一古稀『日本民法学の形成と課題（上）』（一九九六年、

有斐閣) 一九五頁などがある。

(25) 四宮・前掲注(24)『民法総則』一七〇頁。

二 昭和二九年判決の登場とその意義

判例による九四条二項類推適用の先駆けとなったのは、[最1] 最判昭和二九年八月二〇日(民集八巻八号一五〇五頁)である。事案は、Aの夫が妾Bから建物を買ってくれるよう頼まれ、Aの同意を得てAが出捐して建物を他から買い受けたところ、夫とBが協議の上、B名義で売主から移転登記を経由し、その後BからCに売却されたというものであった。Aからの登記抹消等の請求を原審が認容したのに対して、最高裁は、「本件家屋を買受人でないB名義に所有権移転登記したことが、Aの意思にもとづくものならば、実質においては、Aが訴外人から一旦所有権移転登記を受けた後、所有権移転の意思がないに拘らず、Bと通謀して虚偽仮装の所有権移転登記をした場合と何等えらぶところがないわけであるから、民法九四条二項を類推し、AはBが実体上所有権を取得しなかったことを以て善意の第三者に対抗し得ないものと解するのを相当とする」と述べて、Aが登記に承認を与えたか、またCが善意であるかにつき審理不尽として破棄差し戻した。この判決は、当初、先例としての疑問が出されていたが(26)、今日では、九四条二項の「『類推適用』を明言し、その後の判例法発展の原点となった」(27)ととらえられている。

この判決がどのような経緯で「類推適用」をはじめて明言するに至ったのかについては、事案自体が売主から中間省略登記をして虚偽表示をしたといえるようなものでありこれをいいやすいものであったと(28)いうことをさておくと、判例・学説の流れの中では明確ではない。しかし、戦前においては、九四条二項を類推適用した判決はみられないが、「適用」例の中に、事案としては本件とほぼ異ならない事例があることが興味深い。たとえば、[大2] 大判明治四二年一月二六日(民録一五輯二八頁)は、Aが他から土地を買い受けたが、売主とBの同意を得て、移転登記を売主からBに移転し、BがCに売却してしまったという事案であったが、大審院は「売主買主及ヒBノ合意ニ出テタル虚偽ノ意思表示ニ過キサレハ」と述べて九四条二項を適用した(ただし、善意・悪意が明らかでないとして破毀差戻)。本件は、売主およびA、Bとの通謀が認定されており、これが「適用」とした理由であろう。しかし、他方では所有者はAであるとも述べており、そうすると所有者と登記名義人との間には外形的には虚偽の意思表示がなかった事案でもある。また、[大3] 大判大正一一年五月二三日(新聞二〇一一号二一頁)は、Aが自己所有の建物について、BにB名義で保存登記をさせていたところ、Bの遺産相続人が相続登記をした上でCに売却したという事案であったが、大審院は「Aが其ノ所有ノ本件不動産ニ付Bヲシテ同人名義ノ保存登記ヲ為サシメ以テ之ヲBノ所有ニ仮装シタルハ両者間ニ相通ジテ仮装的ニ所有権ヲ移転シタルト同一ニ論ズベキモノニシテ其ノ無効ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルヲ得ザレバ」と判示した。本件では、AB間に通謀があり、この点を強調して虚偽表示そのものと理解することもありえようが、判決は、AからBへの移転登記がない点で一線を引き、虚

偽表示と「同一に論ずべきもの」としているもので、これは、実質的には九四条二項を類推適用したものであるといってもよいであろう。そうすると、本判決は、[最1]より以前に、しかもかなり古い時期に、すでに判例上九四条二項類推適用がなされていたことを示すものであるということになる。しかし、判決文からは、事案の適用事例との同一性を述べる以外、たとえば今日いわれるような意味での公信力のなさをカバーするといった積極的な姿勢は読み取ることができない。まさに、事案を虚偽表示と同一のものにとらえたにすぎないのではなかろうか(29)。

また、[最1]以降、次の最高裁判決が出現するまでの下級審の裁判例をみても、事案としては同種またはこれを超えて外形他人作出型に属すると思われる事例で、「類推適用」という表現は受け継がれておらず、もっぱら虚偽表示といってよいかが問題とされている。たとえば、[下1]東京高判昭和三二年八月一〇日(東高民時報八卷八号一九一頁)は、外形自己作出型の事例であるが、九四条二項の適用問題として処理されている(ただし、無過失まで認定されている点は特徴的である)。また、[下2]横浜地判昭和三四年七月二五日(下民集一〇卷七号一五六六頁)は、最高裁判決としてはこの時期まだ出現していない外形他人作出型に属する事例であり、事案の広がりという点では興味深い。類推適用という表現は用いないまま、虚偽表示をしたのと効果の点で違いがないと述べている。さらに、[下3]名古屋地判昭和三五年一〇月一四日(訟月七卷一号一八八頁)は、外形自己作出型の類推適用否定例であるが、九四条二項適用のためには、権利者と名義人との間に虚偽の意思表示の存在が必要としており、類推適用は念頭にない。

このようにみえてみると、[最1]が「類推適用」という表現を用いた判決として初めてのものであるにしても、はたして、それにどのような意味を込めようとしていたのか、すなわち、①九四条二項が適用できない事案であると判断しつつ、登記に公信力がないことをカバーしようという積極的な意図を持っていたのか、それとも、②適用はできないが、真の所有者の意思に基づいた登記ゆえに責任を課して第三者を保護しようとしたのか、はたまた、③類推という表現をさほど意識せず、単に事案が虚偽表示の典型的な事案と同一であるという意味で類推といったにすぎないのかという点において、その評価は難しいのではなかろうか。仮にその趣旨が③のようなものであったとするならば、戦前の判決のように「適用の一事例」としておく方法があったように思われる。しかし、本判決がひとたび「類推適用」といった表現を用いたことによって、これ以降、九四条二項には広大な範囲での類推適用が待ち受けることになったのである。

- (26) たとえば、柚木馨「判批」民商三二卷一号三三頁は、売買行為自体が虚偽行為なので、九四条の平凡な一タイプにすぎないとする。また、川添利起・最高裁判所判例解説民事篇昭和二九年度七六事件一二二頁は、売主とBとの間に虚偽表示があったと考える余地があり、判決が類推という表現を用いたのは、第一審以来当事者がこのことを主張したことがなかった(ただし、上告理由では述べている)という事情をふまえ

たものにすぎないとする。

(27) 米倉・前掲注(13)一一一四頁。

(28) 米倉・前掲注(13)一一一二頁。

(29) なおその他に、事案は同種であるが、適用否定例として、[大1] 大判明治三二年六月七日民録五輯六卷一七頁がある。これは、A寺の土地について、その住職がB名義で地券の交付を受け、そのためにその後登記がB名義でなされていたところ、BがCらに売却してしまったという事案であった。CらはB名義にしたことはAの承認に基づくものであり、たとえそうでないとしても二十余年間もそのままにしておいたので、Cらに対抗できないと主張したが、大審院は、Aの承諾があった場合であるならば、Aは善意の第三者に対抗できないが、本件は承諾があった場合ではないとした。現在ならば、寺の土地であるという特殊性を別にすれば、外形自己作出型または他人作出型（承認を与え、かつ長年放置していた）として九四条二項が類推適用されたとあろうと思われる事例である。Cらの主張には、現在の類推適用論と同様の趣旨が読み取れる。

三 外形自己作出型に対する類推適用の定着と条文のアナロジーからの脱却

(1) 外形自己作出型に対する類推適用の定着 [最1]の後、しばらくの間は最高裁判決がなかったが、一九六〇年代に入ってようやく[最2] 最判昭和三七九年九月四日（民集一六卷九号一九三五頁）、[最3] 最判昭和四一年三月一八日（民集二〇卷三号四五一頁）、[最7] 最判昭和四四年五月二七日（民集二三卷六号九九八頁）が出現した。これらはいずれも外形自己作出型の事例である。

[最2]は、AがBを代理人として他から土地を買い受けたが、契約書の名義がBになっていたので、B名義で移転登記請求の訴えを提起させ、勝訴判決に基づいてB名義で登記したところ、Bの相続人がCらに売却してしまったという事案である。判決は「実質的にはあたかもAが、Bと通謀して同人名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合とえらぶところはなく、民法九四条二項の法意に照し……」という表現を用いて、九四条二項を類推適用した。BはAの代理人であり、当然この間の事情を知っていた者である。[最3]は、AがBの名義を借りて融資を受けて建物を新築し、B名義で保存登記したところ、BがDと共謀して、BからCへ売却し、CからDへ売却されたという事案である。判決は、所有者が「他人の承諾を得て」他人名義の保存登記をしたときは、実質において一旦所有者名義に登記した後、他人と通謀して移転登記した場合となんら異ならないので九四条二項を類推適用するとした。また[最7]は、Aは自己の土地が競売に付されたが、他人に競落されるのを防ぐためにB（実弟の妻の母）の了解を得てB名義で競落代金を銀行から借り、B名義で競落したところ、BがCに売却してしまった（未登記）という事案である。判決は、九四条二項の趣旨は、外形を信賴した者の権利を保護し、もって取引の安全をはかることにあり、この場合善意の第三者は登記を備えていることは不要であって、この理

は本件のように九四条二項を類推適用すべき場合でも同様であるとした。本件でもA B間には了解がある(30)。

これらは、いずれも紛争のタイプとしては〔最1〕と異ならず、九四条二項を類推適用する理屈もまた同様であるといえる。すなわち、当事者間に通謀ないし名義人の了解があり、虚偽の外形が存在しているという点において、実質的に虚偽表示の事案と同一であるといえるが、当事者間に虚偽の意思表示がないことから、適用ではなく類推適用したものであるといえる(31)（相手方のない単独行為についても、〔最4〕最判昭和四二年六月二二日民集二一卷六号一四七九頁〔相続による共有持分権の放棄について虚偽の意思表示をした事案で共有者間の争い〕、および後の〔最22〕最判昭和五六年四月二八日民集三五卷三号六九六頁〔名目上財団設立の寄附行為をしたところ、財団の債権者が出捐金の支払いを請求した事案〕は、九四条一項の類推適用があるとしている(32)）。こうして、外形自己作出型に対する九四条二項類推適用は、判例上定着するに至った(33)。下級審でも、この時期、同種の事案で類推適用を明言する裁判例がいくつかみられるようになり、外形自己作出型への類推適用の定着を裏づけるものとなった。たとえば、〔下4〕東京地判昭和三八年一〇月二九日（ジュリスト二九七号判例カード一七〇。他人名義で移転登記）、〔下6〕東京高判昭和三九年一〇月二七日（東高民時報一五卷一〇号二一七頁。判時三九八号三〇頁のほう詳しい。孫名義で移転登記）、〔下11〕東京地判昭和四三年八月一日（判タ二二七号一九五頁。他人名義で保存登記）がある。

ただし、一九六〇年代には、最高裁は、虚偽表示があったと異ならないというためには、通謀か名義人の承諾があることが当然必要であるとしており（〔最3〕はこれを明言している）、承諾がない場合は、もはや九四条二項類推適用では処理できず、一般的な禁反言法理によるほかないと考えられていた点に注意が必要である(34)。これに対して学説では、この時期すでに、九四条二項自体が禁反言法理を表現するものであるというとらえ方から、類推適用のためには本人の意思が重要であって、名義人の承諾は問題ではないとするものが現れており(35)、また、前掲の下級審裁判例でも、〔下4〕〔下6〕が名義人の承諾のない場合にも九四条二項を類推適用していた（〔下4〕は名義人に無断であった事例。〔下6〕は、〔最1〕を一步進めるべきであると述べて、承諾不要と明言している）。さらに、最高裁としても、〔最9〕最判昭和四四年一月一四日（民集二三卷一〇号二〇二三頁）が、不動産の事例ではないが、代理人が権限を濫用して手形保証をしたという事案で、受取人に九三条但書を類推適用した上、第三者につき九四条二項を類推適用し（同旨の下級審判決として、〔下26〕大阪地判昭和五六年七月二八日判時一〇二九号一二二頁がある）、通謀要件にこだわらないことを示していた(36)。

（2） 条文のアナロジーからの脱却 こうして学説、下級審および最高裁自身が名義人の承諾を不要とする方向へと傾く中で、〔最12〕最判昭和四五年七月二四日（民集二四卷七号一一一六頁）は、類推適用のためには名義人の承諾が不要であることを判示するに至った。これは、Aが買い受けた山林について、死亡後の相続税を免れるために子Bの承

諾なくB名義で移転登記を受けたところ、BがCらに売却してしまったという事案である。最高裁は、[最 1] 等の一連の最高裁判決を引用した後に続けて、「右登記について登記名義人の承諾のない場合においても、不実の登記の存在が真実の所有者の意思に基づくものである以上、右九四条二項の法意に照らし、同条項を類推適用すべきものと解するのが相当である。けだし、登記名義人の承諾の有無により、真実の所有者の意思に基づいて表示された所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はないからである」と判示した。

これ以前の判例が九四条二項のアナロジーであることから「通謀」要件にこだわり、名義人の承諾を要求してきたのに対して、本判決は、これに先立つ学説や下級審判決に促されたとはいえ、最高裁として初めて、通謀ではなく、「所有者の意思」を責任の根拠とすることに転じたものであり、実質的には判例変更ないし態度の拡張であるといえる(37)。

本判決が当事者間の通謀という要件から脱却しうることを示したことによって、判例による九四条二項の類推適用は、条文の文言の拘束から離れて、より自由に展開されうることになったのであり、本判決は、その後の判例の展開に大きな影響を与えたものといえる(その後の判例では、本判決が九四条二項類推適用の先例としてたびたび引用されている)。実際[最 12] 判決以降は、下級審判決でも、外形自己作出型の事案で、登記名義人の承諾があるか否かを問題にすることなく、両方の事案ともに類推適用を肯定することが定着した。すなわち、[下 12] 岡山地判昭和四六年一月二七日(判時六二九号七九頁。他人の氏名を冒用して移転登記)、[下 15] 大阪高判昭和四七年八月二日(下民集二三卷五=六=七=八号四一四頁。金融を受ける都合上、他人名義で移転登記)、[下 19] 大阪地判昭和五〇年十一月一七日(判時八一八号七九頁。合意により他人名義で移転登記)、[下 20] 名古屋高判昭和五一年一〇月二七日(金法八一五号三一頁。養子名義で移転登記)、[下 21] 水戸地判昭和五四年七月四日(判タ三九八号一三七頁。[下 24] の原審。類推適用ではなく適用)、[下 22] 東京地判昭和五四年十一月六日(判時九五五号八三頁。内縁の妻名義で登記。ただし、類推適用に言及していない)、[下 24] 東京高判昭和五五年十一月八日(判タ四三五号一〇七頁。通謀の上、名義人に移転登記)、[下 27] 東京地判昭和五六年八月三十一日(判時一〇三一号一三二頁。合意の上で移転登記)、[下 31] 東京地判昭和五八年二月二五日(判時一〇九〇号一三七頁。土地につき使用人名義で移転登記。ただし、土地上の未登記建物については使用人が勝手に自己に保存登記)、[下 33] 東京高判昭和五八年一〇月三十一日(行集三四卷一〇号一八七九頁。移転登記し、事後に承諾を得ていた。[最 12] を引用している)がそれである(なお、[下 14] 東京地判昭和四七年七月二七日判時六九五号八九頁は、弁済による抵当権登記の抹消に関して、債務額につき裏契約があったという事案で、あたかも虚偽表示に類似するとしているが、債務額についての虚偽表示そのものといえる)。

また、否定例においても、類推適用を一般論としては肯定しつつ、当該事案では要件を欠くとしてこれを否定する事例がみられるようになっている。すなわち、[下 17] 大阪地判昭和四八年二月二六日(訟月一九卷五号五一頁。第三者にあたらない)、[下 29] 東京地判

昭和五七年三月一九日（判タ四七五号一一六頁。第三者が悪意）、[下 30] 大阪高判昭和五八年二月一六日（判タ四九六号一一〇頁。不動産の事例ではない。貸付信託契約の通帳の名義は権利帰属の外形を表示するに足る徴表といえない）、[下 47] 東京地判平成四年四月一四日（判時一四二五号六一頁。第三者が悪意）がそれである。

以上のような展開をふまえて、外形自己作出型に関するその後の最高裁判決では、類推適用の定着を前提に、単に真の所有者と名義人からの譲受人とが争うのではない事案に関して、類推適用の範囲の拡大や、逆に限界を示す事例がみられるようになっている。すなわち、[最 15] 最判昭和四七年二月一七日（金法六四三号三二頁）は、Aが買い受けた土地についてB名義で移転登記していたところ、Aからの譲受人DとBから根抵当権の設定を受けた第三者Cとが争ったという事案について、[最 12] を引用しつつ、九四条二項を類推適用して、真の権利者だけでなく、権利者からの譲受人もまた善意の第三者に対抗できないとした。[最 19] 最判昭和五〇年四月二五日（裁判集民一一四号六四九頁）では、抵当権等の担保権者A信用組合が東京都の指導によりその登記名義を理事長Bの個人名義にしておいたという事案において、九四条二項が類推適用されており、担保権者が権利者名義を偽った事例についても類推適用があることが示された。[最 20] 最判昭和五一年六月一八日（金法七九八号三四頁）は、Aらが共同相続した不動産の登記名義をAらを除く他の共同相続人Bらのみが相続した旨の登記としておいたが、その後共同相続人全員でこの不動産をCに売却したところ、Bらは九四条二項類推適用による第三者にあたるので代金は全額Bらに支払うべきであると主張した事案について、最高裁はこのような登記については九四条二項類推適用があるが、本件のBらは第三者にあたらないとした。これらは、外形自己作出型への類推適用の事案のヴァリエーションを示すものである。

他方、[最 16] 最判昭和四七年二月二四日（民集二六卷一号一四六頁）は、AがBから建物賃借権の譲渡を受けたが、AB通謀の上、Bの賃借権の登記を残したままでA名義の転借権の登記をしておき、その後、真実の権利関係に符合させるために、前記B、A名義の登記を抹消して、A名義の賃借権の登記をしたところ、このA名義の賃借権の登記以前に建物に設定されていた抵当権が実行されてCが競落し、B、A名義の登記が抹消されたことにつき九四条二項類推適用を主張したという事例であった。最高裁は、建物賃借権においては「登記のみによって、その不存在的いし消滅の外観が作出されたものとみることはできず、そのような外観が作出されたというためには、占有状態からも、それが存在しないか、あるいは後に消滅したかの如き外観が作出されていなければならない」として、類推適用を否定した。これは、最高裁のような事案のとらえ方をする限りでは、不動産賃借権について占有を重視し、九四条二項類推適用に限界を設定したものといえるであろう(38)。しかし、この事案は、本来、賃借権の登記を信頼して利害関係を有するに至ったという場合ではなく、登記のない賃借権の対抗の問題なので(39)、このような対抗問題の事例にまで九四条二項が類推適用されるものではないという点にこそ意義を見い出すべきであろう。その後、[最 24] 最判昭和六一年一月一八日（裁判集民一四九号一一五頁）は、Aが買い

受けた土地建物につきB名義で移転登記していたところ、Cのために抵当権が設定されCが競落したが、抵当権の設定以前にAがDに建物を賃貸していたという事案において、A・C間につき九四条二項を類推適用してCが所有権者となるとしつつ、その上で、CとDとの関係は対抗問題であり、九四条二項類推適用の余地はなく、対抗力を備えているDはCに対抗できるとしており、賃借権の対抗問題にまで九四条二項類推適用が及ぶものではないという点で、正当な限界設定であろうと思われる。

(30) なお、加藤雅信「判批」法協八八巻五＝六号六二八頁は、本件には真の競落人と名義人間に譲渡担保類似の要素があるとして、虚偽表示として処理すべき事案ではなかったと指摘する。虚偽表示として処理すべきか否かはさておき、こういった当事者間の内部的合意が重要であるとの観点は、すでに、後述〔最4〕の評釈である星野英一「判批」法協八五巻六号九二六頁にみられる視点であり、類推適用の限界を考えるにあたって重要ではないかと思われるが、その後の判例や学説ではほとんど問題にされなくなっていった。

(31) 真船孝充・最高裁判所判例解説民事篇昭和三七年度一四七事件四八八頁以下。

(32) ただし、九四条では、「虚偽の意思表示」が要件であって、相手方ある意思表示である必要はないのであるから、「適用」で足りたと思われる事例である。星野・前掲注(30)九二六頁参照。

(33) 於保不二雄「判批」民商五五巻四号六六二頁。

(34) 豊永道祐・最高裁判所判例解説民事篇昭和四一年度二二事件一一一頁、千種秀夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度二四事件二五五頁。

(35) 於保・前掲注(33)六六三頁以下、高津幸一「判批」法協八四巻二号三三二頁。なお、後述の〔最10〕に対する評釈である、四宮・前掲注(24)「判批」法協八八巻三号三七一頁も同旨。

(36) 横山長・最高裁判所判例解説民事篇昭和四五年度五九事件五七二頁。ただし、九三条但書が適用される場合には第三者保護のために九四条二項を類推適用すべきとするのは、学説の従前からの主張であった。我妻栄『新訂民法総則』（一九六五年、岩波書店）二八八頁。

(37) 横山・前掲注(36)五七一頁以下は、九四条二項類推適用という構成は「判断根拠を実定法に求めるための解釈上のテクニックにほかならない」ものであって、名義人の承諾は「判例法理の定立過程における説明の便宜上とりあげられた事情にすぎなかったもの」とする。また学説でも、たとえば、山本進一「判批」昭和四五年度重要判例解説四〇頁は、「それまでの、登記名義人の承諾のもとに虚偽表示理論との対応的意識のうえに展開されてきた従来の理論とは明らかに異質な視点、すなわち禁反言ないしは登記の外観を仮装した者の責任の理論にたつて、善意の第三者を保護する理論を発展させるに至った」としている。下森定「判批」判評一四五号一六頁は、名義人の承

諾がある事例との間には飛躍があるとしつつ、これらを含めて所有者の意思に基づいていたという視角で再整理したことは、「解釈による法の創造的発展に関する極めて見事な一典型例を示すもの」と評価している。

(38) 千種秀夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和四七年度八事件五九頁、田中実「判批」判評一六三号二〇頁。しかし、高島平蔵「判批」昭和四七年度重要判例解説四五頁は、逆に、本判決によって、登記以外の公示手段が法的に承認されている場合、そのような公示が虚偽に作出されたときには、やはり九四条二項類推適用が認められるという途が開かれたとして、その意義を積極的に評価する。

(39) 安永正昭「判批」民商六七卷四号六〇六頁。

四 意思外形非対応型への類推適用事例の減少

外形自己作出型への九四条二項類推適用の発展と定着に併行して、判例は、問題となる虚偽の外形が真の権利者によって作出されたのではない場合（いわゆる外形他人作出型と意思外形非対応型）にも同条項を類推適用する法理を発展させてきた。そして、公刊されている裁判例では、しだいに外形自己作出型よりもむしろ外形他人作出型に属する事例が多くを占めるようになっていく。

典型的な外形他人作出型に関する最高裁判決は、後述の〔最 10〕が最初のものであるが、最高裁は、それ以前から、意思外形非対応型に対する類推適用を認めるに至っていた。これは、虚偽の登記名義の作出について当事者間に通謀はあるが、その後、登記名義人によって、虚偽の登記名義に基づいてこれと異なる虚偽の登記名義がさらに作出され、当初の通謀の範囲を超えてしまったという場合である。すなわち、〔最 5〕最判昭和四三年一〇月一七日（民集二二卷一〇号二一八八頁）は、AがBから取引先の信用を得るために不動産の登記名義を貸してほしいと頼まれ、売買予約を仮装して仮登記を経由したところ、Bが勝手に本登記してCに譲渡し、CからD、DからEへと譲渡されてしまったという事案である。最高裁は、「民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、外觀尊重および取引保護の要請」から、真の権利者は善意無過失の第三者に対抗できないと判示した。また、〔最 8〕最判昭和四四年一〇月一六日（判例集未登載。野田宏「最高裁民事破棄判決の実状判時五九二号二〇頁参照）は、Aの財産保全のためにBと通謀のうえ、建物の売買予約を仮装して仮登記を経由したところ、Bが勝手に本登記にしてCに売却したという事案であるが、最高裁は、〔最 5〕を引用して、これと同様の結論を判示した。さらに、〔最 11〕最判昭和四五年六月二日（民集二四卷六号四六五頁）は、Aが金融の仲介を依頼して、便宜上土地の登記名義をBに移転したが、AがBに預けていた書類を用いてCがBからCへ虚偽の移転登記をし、CからDへ売却されてしまったという事案で、〔最 5〕を引用して、真の権利者は善意無過失の第三者に対抗できないと判示したものである。これらでは、当事者間に通謀はあっても、その範囲を超える登記に対する信頼が問題となっており、真の権利者には直接その登記名義を作出する意思がないので、九四条二項のみのアナロジーだけで

は第三者保護の理論構成が困難になる。そこで、第三者が信頼した登記は、通謀による登記の自然的発展であるという構成を採り(40)、通謀を超える点について、代理権の踰越に関する一一〇条を併せて類推適用したのである(下級審では、これらに先立ち、[下 10] 大阪高判昭和四三年一月三〇日金判九七号五頁があるが、九四条二項のみを類推適用)。この結果として、第三者には善意だけではなく、無過失も要求されることになった。

このような構成は、時期的には、外形自己作出型への類推適用が認められつつ、類推適用のためには登記名義人の承諾が必要とされ、判例に九四条の「通謀」要件へのこだわりがある時期(すなわち[最 1][最 2][最 3]に続く時期)において、通謀を超える虚偽の外形を信頼した者を保護するための法律構成上の工夫であったといえよう。しかし他方では、このような構成によると、一般的には、真の権利者が虚偽の外形を自ら作出していないどころか、承認さえしていない場合にも責任を肯定する結果となりかねず、無過失がひとつの限定要件として働くとしても、類推適用の範囲としては、後述する外形他人作出型への類推適用をも超えて、一般的な権利外觀保護法理へ限りなく近づくものとなりうることには注意が必要であろう(41)。この点につき当事者の意思関与から何らかの制限を設けようとするときには、結局のところ、作出された外觀に対する権利者の意思ないしは承認を問題にせざるをえないであろう。また、具体的にも、通謀の相手方がいったん通謀に基づく虚偽の登記をしたうえで通謀を超える登記に改ざんした場合と、そうではなく、通謀に基づく登記をせずに直接、通謀を超える登記をした場合(たとえば、外形他人作出型の[最 10])とでは、実質的にはさほどの隔たりはなく、また後者のほうが事例としては現れやすいともいえる(後述参照)。こうしてこの意思外形非対応型は、最高裁主導で形成された類型ではあったが(すべて最高裁判決であった)、後に外形他人作出型への類推適用が定着するにつれて、裁判例上みられなくなっており、その後この型に属することを明示して一一〇条を併せ類推適用した事例は、最高裁および下級審を合わせても、[最 17] 最判昭和四七年十一月二八日(民集二六卷九号一七一五頁)と[最 21] 最判昭和五二年一月二日(裁判集民一二二号三〇三頁)があるのみである。しかし、[最 17] は、Aが暴力団から恐喝されるのを防ぐために、Bに仮登記をすることを依頼したが、Bが勝手に移転登記してCらに売却したというものであって、一度も通謀に基づく虚偽の外形が作出されていない事例であり、それまでの意思外形非対応型とは明らかに事案を異にし、むしろ後述の外形他人作出型ともいえる事例であった。そうすると、この判決が一一〇条を類推適用したのは、事案の類似性というよりは、真の権利者の関与が低い点を第三者の無過失を要求することで調整しようと考えたためであったとも考えられる(42)。また、[最 21] は、Aらが買入れた土地につき、民法上の組合を結成し、便宜上Bらのみの共有名義で登記しておいたところ、BらがこれをさらにCらに虚偽の移転登記をし、そこから第三者に売却されたという事例であり、事案としては[最 11]に近いが(判決はこれを引用している)、民法上の組合名義での登記ができず、代表者名を付した登記も認められないこと、Cらの登記にはAらはまったく関与していないことを考えると、[最 11]よりもさらに果てしない類推適

用の拡大への懸念が生じざるをえず、結論の妥当性に疑問が残る判決であろう。

(40) 星野英一「判批」法協八七巻五号六二〇頁。

(41) 星野英一「判批」法協八八巻一一＝一二号一〇二三頁、川井健「判批」民商六四巻三号四八一頁は〔最 11〕が〔最 5〕よりも一般的なレヒッシャインの法理に接近したと指摘している。

(42) 藤原弘道「判批」民商六八巻五号八一六頁以下。

五 外形他人作出型への類推適用の拡大と近時の制限傾向

前述のように、公刊されている裁判例では、しだいに外形自己作出型よりもむしろ外形他人作出型に属する事例が多くを占めるようになっていく。これに関する最初の最高裁判決は、〔最 10〕最判昭和四五年四月一六日（民集二四巻四号二六六頁）である。これは、A が他から贈与を受けた建物を養母の名義とすることを許容したが、この養母がBを所有者として家屋台帳の登録を行い、その後B名義で保存登記がなされて、Cのために停止条件付代物弁済契約を締結して仮登記を経由し、条件成就により本登記がなされたという事案である。最高裁は、外形自己作出型に属する前記〔最 3〕（保存登記の事例）を引用しつつ、「このことは、未登記の建物所有者が……家屋台帳にその建物が他人の所有名義で登録されていることを知りながら、これを明示または黙示に承認した場合であっても同様に解すべきものである。けだし、未登記の建物については、家屋台帳上の所有名義が、右建物の所有権帰属の外形を表示するものであり、建物所有者が右外形の表示につき事前に承認を与えた場合と事後に承認した場合とで、その外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はないからである」と判示して九四条二項を類推適用した。本件では、①虚偽の外形に対する真の所有者の承認という構成を採り、しかもそれが事前か事後かを区別しないとした点と、②虚偽の外形として、登記ではなく家屋台帳でもよいとした点とが重要である。また、③真の権利者の外形に対する関与度が低い場合にも類推適用が認められるとしたことに対応して、第三者の保護要件は善意のみで足りるのかという議論も呼び起こしている。

(1) 真の所有者の承認 この点につき、本判決は、前述のように、外形自己作出型に属する判例がなお九四条の通謀要件にこだわりをみせて、真の所有者の意思だけでなく登記名義人の承諾を必要とするとしていた時期（〔最 7〕まで）であるにもかかわらず（前述のように、意思外形非対応型の判例がここに介在している）、明らかに条文の文言へのこだわりを捨てて、九四条二項類推適用を「動的安全と静的安全との調和をはかるための一つの法理」(43)と解し、具体的にはそれを真の所有者の「承認」という要件によってはかろうとするものであり、その後の判例による九四条二項類推適用が条文のアナロジーからではなく、真の所有者の意思ないし承認から導かれる方向となっていくのに大きな契機を与えたものといえよう。

ただ、[最 10] 以前において、裁判例上いずれこのような判決が出現することは予想されていたことではあったといえる。すなわち、前述した[下 2] は、最高裁判決としては[最 1] のみがある時期における外形他人作出型の事案であったし、[下 9] は意思外形非対応型の事例であるが、判旨自体は、不実登記が九年半放置されていたことが虚偽表示と同視できるとしたものであった。また、その他にも、[下 5] 大阪地判昭和三十九年五月一日（判時三八一号四一頁。売買の委任を受けた者が勝手に他人名義で移転登記。九四条二項、一〇九条、一一〇条の精神から九四条二項を類推適用）、[下 7] 東京地判昭和四〇年三月一六日（下民集一六卷三号四五〇頁。一定限度の担保権設定の代理権を授与された者が勝手に自己名義に移転登記。九四条二項、一〇九条、一一〇条等の類推とした）、[下 8] 東京高判昭和四〇年六月一七日（東高民時報一六卷六号一二〇頁。登記名義を貸すことを承諾したが、それと違う名義で保存登記された。真の権利者の承諾があったとした）、[下 9] 大阪高判昭和四二年一月二三日（判時四九〇号五六頁。[下 5] の上告審判決。一般論としての類推適用を認めつつ、本件では真の権利者に責任はないとした）がすでにあった。とくに最後の[下 9] は、論旨が明快で、今日の類推適用限界論を先取りしており、また、表現において[最 10] に非常に類似しており、これに影響を与えたとも考えられる。

本判決に促されるかたちで、前述の[最 12] は、外形自己作出型において、登記名義人の承諾を不要とするに至っている。この後、判例は、一方で、「真の所有者の意思」を根拠とする外形自己作出型に対する類推適用を、他方では、「真の所有者の承認」を根拠とする外形他人作出型に対する類推適用を併行してともに発展させていくこととなるのである。

しかし他方では、[最 10] が、類推適用のためには、真の所有者の積極的な意思に基づく外形作出でなくとも、その「承認」があればよいとしたこと、そしてその承認は事前の承認でも「事後」の承認でもよく、明示でも「黙示」でもよいとしたことは、真の権利者と登記名義人との関係がどのようなものであろうとも、真の権利者の承認という一点でのみ類推適用を肯定でき、かつ、承認が限りなく消極的な場合でもかまわないという余地を残したこととなり、理論としては果てしない類推適用の拡大を許容するという問題点を残すこととなった。実際、その後、今日に至るまで、最高裁は、この承認を緩やかに解して、外形他人作出型に対する類推適用を拡大する傾向をみせている。すなわち、[最 13] [最 14] [最 18] [最 25] がそれである。[最 13] 最判昭和四五年九月二二日（民集二四卷一〇号一四二四頁）は、A が買い受けた土地建物を事実上の夫 B が勝手に自己へ移転登記したが、A はこれを知った後も四年余りこれを放置し、B 名義のまま根抵当権を設定していたところ、A B 間の関係が破綻して、B が C へ売却してしまったという事案で、[最 10] を引用しつつ、同様の表現で所有者の承認は事後で足り、また黙示でよいとしたものである（しかし、勝手に登記がなされてしまったという事案であるにもかかわらず、類推適用を肯定した点については、学説上、際限のない類推適用へと向かうことに対して懸念を表明するものが多い(44)）。[最 14] 最判昭和四五年十一月一九日（民集二四卷一二号一九一六頁）は、A が B から土地を買ったが、B のもとで抵当権設定登記と代物弁済の仮登記がなされ、こ

れをCに売却し、CがDに転売してそれぞれ移転登記を経由したという事案であるが、最高裁は九四条二項の類推適用を明言することなく、意思外形非対応型に関する〔最5〕（九四条二項と一一〇条の類推適用）を引用して、Aは善意無過失の第三者に対抗できないとした（しかし、〔最5〕と共通しているのは虚偽の外形が仮登記であるという点にすぎず、本件は、事案のタイプとしては、不動産の二重譲渡に関するものであって、このような対抗問題の事案についてまで九四条二項を類推適用したことには批判が強い(45)）。〔最18〕最判昭和四八年六月二八日（民集二七卷六号七二四頁）は、Aが建物を新築したが、固定資産課税台帳に職権でAの夫B名義で登録され、Aはこれを知りつつB名義で納税してきたところ、Bの債権者Cが競売を申し立てたという事案であるが、〔最10〕を引用しつつ、それと同様の法理によってCは保護されるとした（この事例では、真の所有者の外形作出に対する関与はほとんどなく、第三者保護に傾きすぎたのではないかと批判されている(46)）。〔最25〕最判昭和六二年一月二〇日（訟月三三卷九号二二三四頁）は、Aの土地建物につきBに印鑑を預けておいたところ、Bが勝手に自己名義に移転登記し、抵当権を設定したが、Aがこれを知りながら一〇ヵ月放置していたところ、国CがBに対する滞納処分として差し押さえ、Dに公売されてしまったという事案であるが、最高裁は、九四条二項を類推適用したうえ、第三者は無過失を要しないとした（しかし、真の所有者の関与は極限まで稀薄である。たとえ類推適用するにしても、無過失は要求しえたのではなかろうか）。

このような最高裁による類推適用の拡大傾向は、下級審ではどのように受け止められているのであろうか。真の所有者の関与度が高く、外形自己作出型と他人作出型の中間にあたるような場合に類推適用を肯定する事例がみられる一方（〔下18〕東京高判昭和四九年五月二九日金判四二六号八頁〔妻が自己へ移転登記したが、夫はこれを構わないとしてそのままにし、一六年間放置していた〕、前掲〔下31〕〔買い受けた土地の登記については外形自己作出型であるが、その土地上の建物について土地の登記名義人が勝手に保存登記〕）、真の所有者の関与度がかなり低い場合にも類推適用して最高裁の傾向をさらに拡大するような事例もいくつかみられる（〔下23〕大阪地判昭和五四年一二月五日判時九六七号九五頁〔共有地の地積更正・分筆のためにいったん登記を抹消したところ、勝手に他への移転登記がなされた。判決は、登記を抹消したことが虚偽表示に類似するとしているが、第三者が信頼したのはその後なされた移転登記であり、実質的には外形他人作出型で、かつ真の所有者の関与が低い〕、〔下35〕大阪高判昭和五九年一月二〇日高民集三七卷三号二二五頁〔代理人が勝手に自己名義に移転登記し、他に売却。真の所有者はこれを知ったが五年余り放置。判決では、第三者の出現を予想して登記を是正する手段を構うべきであったとされた。しかし、これでは一般的な公信力を認めるのとほとんど異ならないことになろう(47)〕、〔下45〕東京高判平成二年二月一三日判時一三四八号七八頁〔甥が勝手に自己名義で保存登記し、八年余り放置していたが、第三者への売買の直前には、買い受けないでほしい旨を文書で通知していた。通知していても登記が抹消されていないので、容認してい

た状態は除去されておらず、また第三者は善意であるとした))。

しかし、注目すべきは、下級審においては、外形他人作出型における所有者の意思関与を厳格に解して、そもそも類推適用を否定するものが数多く出現しており、その傾向は近年ますます強まっていることである。すなわち、[下 28] 東京地判昭和五七年二月八日（訟月二八卷五号九五二頁。登記官の看過により、元の所有者の相続人のための相続登記がなされた）、[下 32] 東京地判昭和五八年七月一九日（判時一一〇二号七七頁。[下 28] と同一当事者の別事件）、[下 34] 浦和地判昭和五八年十一月一八日（判時一一一一号一三一頁。委任状等を悪用して移転登記されたが、所有者はまったく知らなかった）、[下 37] 東京高判昭和六〇年一月二九日（判時一一四四号九二頁。委任状等を悪用して移転登記され、抵当権が設定されたが、所有者は二ヶ月ほど経って騙されていることを知った）、[下 39] 東京高判昭和六〇年四月二四日（東高民時報三六卷四＝五号七六頁。判時一一五四号八五頁が詳しい。不動産の買換えのための書類等を悪用して移転登記された）、[下 40] 横浜地判昭和六一年二月二六日（判タ六〇五号五五頁。登記の誤りから別の登記が存在していたが、所有者がこれを知らず四〇年以上是正されなかった）、[下 42] 名古屋高判昭和六二年一月二九日（判時一二六八号四七頁。所有者の子が勝手に他人名義に移転登記したので、所有者は抗議したがそれ以上のことをしなかった）がそれである。

これらは、いずれも、九四条二項類推適用のためには、虚偽の外形の作出に対する所有者の関与が必要なことを説きつつ、その関与は、外形作出に対する意思関与であるか、または作出された外形への積極的容認であることが必要であるとして、[最 10] が掲げた「承認」という基準を具体的な運用の場面では限定的に解しようとするものと理解することができよう。すなわち、[下 28] は、「権利者の処分意思の外観と等価の評価」ができることが必要とする。[下 32] は、権利者に「過誤」があるとはいえないとする。[下 34] は、書類等を預けただけでは、虚偽の登記名義の作出について事前もしくは事後に関与したといえないとする。[下 37] は、九四条二項類推適用のためには「帰責性」が必要であることを明言し、書類が不実登記に冒用されることを「予知しえなかった」ので、書類を渡したことだけから不実登記の作出の意思があるとかそれに関与したとかいえないとする。[下 39] は、不実登記をすることを容認していたものでもなく、これを存続させることを是認していたものでもないとする。[下 40] は、不実登記を自ら作出したものでなく、認識し承認していたともいえないとする。[下 42] は、単に不実登記の抹消手続を怠りこれを放置していたにすぎないような場合には、「積極的な容認」がないとする。

このような下級審の動向をみる限り、[最 10] 以降、最高裁判決では、「所有者の意思」に代わり「所有者の承認」という要件が九四条二項類推適用の要件の一つとして一般論としては確立されてきたが、それは、下級審レベルの実際では、具体的にはかなり限定的な方向で理解される方向へ向かいつつある。このような傾向が近年における不動産取引をめぐる事情の変化に応じたものなのかとか(48)、理論的にどのような要件の下に収斂していくべきものなのかといった点には慎重な検討が必要であろうが(49)、少なくとも、作出され

ている虚偽の登記に対する結果責任を認めて一般的な公信力を肯定するに限りなく近づくというような方向にはない、とはいってよいのではなかろうか。

(2) 虚偽の外形 次に、登記以外の外形でも足りるのかという点について、[最 10] は、事案としては虚偽の保存登記がなされているにもかかわらず、その前の段階の家屋台帳上の登録を問題にし、これが第三者の信頼を保護すべき外形にあたるという判断を示した(50)。本判決を引用する[最 18]の調査官解説では、類推適用に値する権利の外形とみるべき基準について、「第一にその表示の制度目的が権利の表示にあるか否か、第二に社会生活あるいは取引上一般的に権利の表示とみられているか否か、第三に権利を表示している蓋然性あるいは正確度がかかなり高いか否か等」という、かなり緩やかな基準が示されているが、同時に「表示を広く解しても所有者において承認しなければ右法理の適用はなされないから」危険はないと述べており(51)、このような相関関係的な考え方が最高裁にはあると思われる。

この点に関する裁判例の動向はどのようなものであろうか。不動産登記についていえば、真の所有者から虚偽の移転登記がなされたというのが典型的な事例であり、事例数も圧倒的に多いが、それ以外でも、未登記不動産について名義人のもとで保存登記がなされた場合については、判例上一貫して類推適用の前提としての外形となるとされてきた(前掲の[下 2][外形他人作出型]、[最 3]および[下 11][ともに外形自己作出型]があり、[下 31][土地については移転登記の外形自己作出型だが、建物については保存登記の外形他人作出型]のほか、[下 45][外形他人作出型]がある)。また、仮登記についても、仮登記から本登記への発展型(意思外形非対応型)について、前述のように、一一〇条との抱き合わせによって以前から類推適用が肯定されているだけでなく([最 5][最 8]。[下 10]は九四条二項のみ類推適用)、仮登記そのものが問題となった事例においても、肯定されている([最 14][最 19]。ただし、[最 14]は前述のように、実際は二重譲渡の事案である)。しかし、不動産所有権に関して登記以外の外形については、建築確認申請について外観足りえないとするもの([下 3])があるほかは、定かでなかった。その意味では、[最 10]によって、九四条二項類推適用により保護されるのは、「登記」を信頼した者だけではないとされたことは意義が大きい(本判決以降の肯定例としては、[下 16]旭川地判昭和四八年一月二九日判時七〇三号六七頁[家屋補充課税台帳]、および前掲の[最 18][固定資産課税台帳]がある(52))。ただ、実際には、戦前の「適用」例の中には、家屋台帳についてのものがあった(前掲[大 3]。実質的には類推適用であることは前述した)。こうしてみると、判例は、不動産所有権に関し九四条二項を類推適用するに際しては、外形が登記であるか否かにはこだわっていないといえるであろう。

しかし他方で、判例は、不動産に関する権利ではあっても、その公示について登記以外の要素が重要である権利については、虚偽の登記名義が作出されている場合にも、九四条二項類推適用を排除しつつけている。すなわち、入会権については、[最 6]最判昭和四三年一月一日(判時五四四号三三頁。共有入会地を区長代理名で登記)、[下 13]名古屋

高判昭和四六年十一月三〇日（判時六五八号四二頁。第一審は、岐阜地大垣支判昭和四四年十一月一七日下民集二〇卷一一＝一二号八三〇頁。共有入会地を庄屋個人名で登記）、〔最 23〕最判昭和五七年七月一日（民集三六卷六号八九一頁。共有入会地を神社名義で登記）は、いずれも、入会権は現行法上登記することができず、その法律関係は登記によってではなく、実質的な権利関係によって処理されるので(53)、登記名義を個人名義にしたとしても仮装ないし仮装類似の行為があったとはいえないとしたものである。また、権利能力なき社団の所有地に関しても、〔下 41〕仙台高判昭和六一年三月二八日（判タ六二一号一一〇頁。権利能力なき社団の代表者名で登記）は、訴訟の当事者が対抗関係にないという意味で九四条二項類推適用を否定しているが、見方によっては、権利能力なき社団名義の登記が不可能なことから類推適用を否定すると構成することも可能であった事案のように思われる(54)。さらに、建物賃借権についても、前掲の〔最 16〕は、登記だけでなく占有状態からも虚偽の外観が作出されたといえる状況がなければ、九四条二項は類推適用できないとしている（ただし、前述のように、事案は対抗問題として処理されるべきものであった）。

以上からすると、判例は、不動産に関する限り、権利の公示について登記以外の要素を考慮すべき特殊なものを除き、九四条二項類推適用の前提となる虚偽の外形として、登記が作出された場合と、登記がない場合にそれ以外的外形が作出された場合とを区別していないということができよう。前述のように、虚偽の外形の広がりや他の要件との相関で調整するということが自体は妥当であろうが、この要件自体は、類推適用の拡大の歯止めとして機能するのは難しいであろう。

（３） 第三者の保護要件 最後に、真の権利者の意思関与が低い場合にも類推適用が認められるとされることになったことに対応して、第三者の保護要件を厳格に解すべきかという問題をみることにしよう。これにつき、〔最 10〕自身は何らふれていないが、調査官解説では、真の所有者の承認がきわめて不明確で消極的なものであるときは、第三者に無過失を要求すべきではないかとの問題提起がなされていた(55)。これは、前述のように、〔最 10〕に先立ち、所有者の外形に対する直接の意思関与がない意思外形非対応型の判例が出現しており（〔最 5〕〔最 8〕）、そこでは一一〇条を併せ類推適用する結果として、無過失が要求されるようになっていたことを多分に意識したものであろうが、他方では、それまでの九四条二項のみの類推適用では善意、一一〇条との併用型では善意無過失という形式論を脱して、真の所有者と第三者との関係を相関的な調整問題としてとらえていこうとの考え方とも受け取れる。このような考え方は、星野英一教授をはじめとして学説によって本判決の前後で有力に主張されているところである(56)。ただ、裁判例では、九四条二項のみの類推適用では善意のみを要件とすることを何ら問題にしていないものが多く（例外的に、初期の〔下 1〕は外形自己作出型に対して九四条二項のみを「適用」しつつ、無過失を要求している）、〔最 10〕以降でも、外形他人作出型で、善意のみで足りると明言するものすらある（前掲〔最 25〕、〔下 31〕〔建物について外形他人作出型〕、〔下 45〕）。

しかし、とりわけ近年では、裁判例でも、結論的には類推適用を肯定するが（ただし〔下

38] [下 46] は結論も否定)、所有者の意思関与度が低い場合には、これを考慮して、第三者の保護要件を厳格に解する事例がいくつかみられるようになってきていることが注目できる ([最 14] も、前述のように、実際には二重譲渡に関する事案であるが、第三者に無過失を要求した点については、評価されている。また、意思外形非対応型に属する [最 17] は、前述のように、実質的には他人作出型で、第三者の要件を加重するために無過失を要求したとも考えられる)。すなわち、[下 25] 東京地判昭和五六年三月三十一日 (判タ四四八号一一五頁。委任状等を悪用して移転登記)、[下 36] 大阪高判昭和六〇年一月二十九日 (判タ五五〇号一四六頁。預かっていた書類を悪用して移転登記)、[下 38] 東京高判昭和六〇年四月二四日 (東高民時報三六卷四＝五号七七頁。預かっていた書類を悪用して他へ移転登記)、[下 43] 高松高判昭和六三年三月三十一日 (判時一二八二号一二五頁。宅地開発業者が地権者から預かった委任状を用いて移転登記)、[下 46] 東京地判平成三年一〇月九日 (判時一四四五号一五八頁。書類を持ち出され勝手に登記された)。

これらは、いずれも外形他人作出型であるにもかかわらず (すなわち虚偽表示の合意はなく、または当事者の了解を超える外形はなく、いずれにせよ意思外形非対応型とはいえない)、九四条二項のみを類推適用しつつ ([下 25] [下 46])、または一一〇条を併せ類推適用して ([下 36] [下 38] [下 43] (57))、無過失を要求している ([下 46] は無重過失)。また、[下 44] 東京高判平成元年一二月二一日 (判時一三三八号一一三頁。土地売買の仲介人が売主に虚偽の事実を告げて自己名義に登記) は、不動産の二重譲渡で第二譲渡が虚偽表示 (ないし類似) である場合に、第一譲受人と第二譲受人からの第三者との関係は対抗問題であるとしたものであるが、事案は、第一買主が買い受けた土地についての外形他人作出型の事例とみることも可能ではなかったかと思われ、その意味では、所有者 (第二譲受人) の意思関与の低さに配慮して、第三者の保護要件を厳格に解したものとも考えられる。

このように今日では、学説の主張に裁判実務が呼応して、学説だけでなく、裁判例でも、拡大する九四条二項類推適用の限界設定の一つの方法として、真の所有者の意思関与度の高低に応じて、第三者保護要件に差を設け、相関関係的に調整をはかるという方法が定着しつつあるといえるであろう (無過失不要を明言する [最 25] [下 45] では、無過失を要求すべきであったと思われる。[下 31] は、たとえ無過失を要求するとしても第三者は無過失であると述べている)。これは、類推適用といった元来適用領域があいまいな解釈手法を適正な範囲に調整するためには欠くことのできない方法であろうと思われる (必ずしも、禁反言の法理や権利外観保護法理からする当然の要請であるというような位置づけをする必要はないと思われる)。

以上のようにみてくると、外形他人作出型の事例に対する九四条二項類推適用は、かつてのような拡大のピークを越えて、最近ではむしろ制限・収束的なかたちで安定する方向に向かっているように思われる。これを類推適用の要件との関係でみると、信頼に足る外形については、権利の公示につき登記以外の要素を考慮すべきものを除き、これを限定す

るような傾向は見い出せないが（前述（２））、真の所有者の承認については、外形自己作出型の判例に近いような積極的な承認を要求して、これを厳格に解する方向へと戻りつつあり（前述（１））、また、真の所有者の意思関与の度合いに応じて、第三者に無過失を要求して調整をはかるということが定着しつつある（前述（３））。このような傾向からすると、今後の九四条二項類推適用の可否は、「意思ないし承認」と「善意ないし善意無過失」というそれぞれ幅のある二つの要件の枠内において、事案の特性に応じて相関的に判断されていくように思われる。

(43) 柳川俊一・最高裁判所判例解説民事篇昭和四五年度四事件三三頁。

(44) たとえば、星野・前掲注(24)「判批」法協八九卷六号七三二頁、石田喜久夫「判批」民商六五卷三号四〇八頁以下、高島平蔵「判批」判評一四九号一〇頁。横山長・最高裁判所判例解説民事篇昭和四五年度六八事件六七四頁も「黙示の承認の推認といっても多分に擬制に近く、……ボーダーラインケースというべきであろう」としている。

(45) 鈴木禄弥＝生熊長幸「判批」判タ二六〇号九九頁、幾代通「判批」判評一四八号一七頁など。星野・前掲注(24)「判批」法協八九卷七号八六四頁以下は、事案をオール・オア・ナッシングでなく解決しようとした点、無過失を要求した点では評価する。

(46) 藤原弘道「判批」民商七〇卷三号五二七頁以下、米倉・前掲注(24)「判批」一八二頁以下。

(47) 藤村和夫「判批」法時五七卷一二号一四〇頁以下、上井長久「判批」判評三二〇号四〇頁以下参照。

(48) 内田勝一「不動産取引と外観法理」判タ五八一号一〇七頁は、九四条二項類推適用について学説では、かつては、自分で外形を作った者が外形どおりの責任を負うという、帰責事由には重点を置かない考え方が強かったが、今日では、帰責事由の重要性が次第に認識されてきているとしたうえで、[下 37] [下 39] は、最近の不動産取引における「一般市民」保護の要請という、不動産取引の変化に対応したものであるとして積極的に評価している。

(49) これ以上にこの要件を明確にしようとの試みは、学説上、たとえば米倉明教授によってすでに試みられている。米倉・前掲注(24)「判批」一八五頁以下。これは、真の権利者と不実名義人との間に夫婦・親子などの家族関係が存するかどうか（存在する場合には帰責性なしに傾く）、不実名義作出の事情（作出されるのを知っていた場合や阻止するのが容易であった場合には帰責性ありに傾く）、不実名義存続の事情（真の名義に変更しても益がないような場合は帰責性なしに傾く）、不実名義の存在に気づいてから以後の放置の期間の長短（長期の場合には帰責性ありに傾く）、不実名義人の処分の可能性がとくに大きいかどうか（危険な人物に名義を保持させていたような場合には帰責性ありに傾く）、不実名義が原因となって、かつて取引の安全が脅かされたことがあったかどうか（ひとたびその不実名義をめぐって紛争が生じていたような場合に

は帰責性ありに傾く) という基準をあげ、これらの相関・総合判断によるべきことを主張するものであり、最近の下級審の傾向を先取りしたものといえようが(ただし、については逆の傾向もみられる)、判例は、これらの諸基準にあてはまる場合のうち、かなり下のあたりを限界と考えているように思われる。

- (50) 四宮・前掲注(24)「判批」法協八八巻三号三七〇頁は、外形に移転的契機が含まれているかどうかは、外形への信頼の保護という観点からは有意義でなく、かえって登記名義人の承諾といった不必要な要件すら導き出す危険があるので、本判決のほうが正当だとする。
- (51) 田尾桃二・最高裁判所判例解説民事篇昭和四八年度二事件一五頁。
- (52) ただし、[最 18] の評釈である、藤原・前掲注(46)五二四頁、米倉・前掲注(24)「判批」一七六頁によれば、[最 10] は、家屋台帳ではなく、それに基づいてなされた保存登記に対する信頼が問題となった事案であり、登記以外の外形に関する最初の最高裁判決は[最 18] であるとする。
- (53) このことは、大判大正一〇年十一月二八日民録二七輯二〇四五頁以来、争いがない。
- (54) 鎌田薫「判批」判評三三五号三五頁以下、武尾和彦「判批」法時五九巻七号九五頁。
- (55) 柳川・前掲注(43)三三頁。
- (56) 星野英一「判批」法協八一巻五号六〇七頁以下、同・前掲注(24)「判批」法協八九巻六号七三一頁、同・前掲注(24)「判批」法協八九巻七号八六六頁、川村俊雄「判批」民商六〇巻六号九一六頁、藤原・前掲注(42)「判批」八一六頁、米倉・前掲注(24)「判批」一八三頁以下、半田・前掲注(24)「民法九四条二項の類推適用」一一三頁など。そもそも九四条二項適用についても無過失を要求すべきとするものとして、四宮・前掲注(24)「判批」法協八八巻三号三七一頁、同・前掲注(24)『民法総則』一六三頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』(一九八四年、青林書院新社)二五七頁など。
- (57) 織田博子「判批」法時六一巻九号一一〇頁は、所有者の帰責性の弱い本件で第三者に無過失を要求するのは妥当だが、一一〇条によるのは、類型が異なり疑問であり、九四条二項を類推適用して無過失を要件とすべきとする。

1-3 判例の横断的整理と類推適用の範囲

一 紛争類型

1-2 では、判例による法形成の過程を時間的な流れに沿って検討した。ここでは、これらの判例による法形成の結果を現在の時点から整理し、判例の到達点とその問題点ならびに今後どのような方向へ向かうべきかについて検討することにする。

九四条二項類推適用に関する紛争類型は、一時の拡散状況を超えて、今日では、次第に特定の類型に集約されていく傾向を示している。端的に言えば、それは、真の所有者と登記名義人または虚偽の登記作者との関係について、①限りなく本来の虚偽表示に近い場

合と、②限りなく表見代理に近い場合とを両端とする範囲内に収束していく傾向であるといえる（ただし、代理人として行動せず、虚偽の登記がいったん作出されているという点で表見代理の場合と決定的に異なる）。同時に、類推適用の種類の違いにかかわらず、最高裁判決、とりわけ理論的な発展ないし大きな転換を示すような最高裁判決は、昭和四〇年代に集中しており、最近では、下級審判決を中心として、外形他人作出型の事例が増えていること、外形自己作出型および外形他人作出型を問わず類推適用否定例が増えていることを特色としてあげることができよう。検討した裁判例は公刊されたものという制約があるので、これが実際の裁判実務をそのまま反映したものとは言い切れないが、一定の傾向を示すものではあろう。こうして、九四条二項の類推適用は、範囲としても、また要件としても、限定的な方向へ向かいつつ、定着しているといえるであろう（注記 以上のような整理は、本節3で扱う、最判平成一八年二月二三日民集六〇巻二号五四六頁が出現するまでのものである）。

類型別にみると、まず、外形自己作出型は、九四条二項が類推適用された最初の紛争類型であり、初期の判例は、真の所有者と登記名義人との間に通謀ないし名義人の了解があることを要求していたが（〔最1〕〔最2〕〔最3〕の時期）、後に、名義人の承諾を不要とするに転じ（〔最12〕）、その後は、このような態度で一貫している。この結果、外形自己作出型では、真の所有者の意思に基づき虚偽の外形が作出されていることが第三者に対する責任の根拠とされ、これに含まれるすべての場合が「所有者の意思」によって説明されるようになっている。すなわち、外形自己作出型には、①真の所有者と登記名義人との間に通謀ないし了解があるが、これらの者の間に法律行為が存在していない場合（典型的には、買い受けた不動産を通謀のうえで他人名義で移転登記を受けたような場合）と、②通謀はないが、真の所有者の意思に基づいて虚偽の登記名義が作出された場合（典型的には、買い受けた不動産を勝手に他人名義で登記した場合）とがあり、①のほうが②よりも虚偽表示本来の場合に近いといえるが、類推適用の可否という点では、これらは理論的には区別されることなく、類推適用の判断でとくに問題とされることはなくなっている。

続いて出現した意思外形非対応型は、通謀による虚偽表示と登記名義人による勝手な外形作出とが結合した紛争類型であり、判例は、これをそのまま段階的にとらえて、九四条二項と一一〇条とを併せ類推適用するという法律構成を生み出した（〔最5〕〔最8〕〔最11〕の時期）。このような法律構成が、真の所有者の意思によって虚偽の外形が作出されたのではない場合にもなお九四条二項の類推適用が可能である方向を示したこと、および、第三者に善意のみならず無過失をも要求しうることを示したことは、類推適用の発展に大きく寄与したものといえる（また、後述のように、九四条二項類推適用の問題が表見代理と接点を有するものであることを示したことは大きいと思われる）。しかし、その後、若干の最高裁判決を除き、この類型はみられなくなっている。これは、たまたまの現象であるともいえるが、他方では、外形他人作出型に対する類推適用が定着して、真の所有者の意思に基づいて外形が作出されたことが九四条二項の類推適用の要件ではなくなり、同時に、真

の権利者の外形に対する関与度が低い場合には、第三者の保護要件として善意無過失が要求されるようになって、要件的には、外形他人作出型に吸収されても支障がなくなったことが大きく影響しているように思われる。

外形他人作出型は、出現すると同時に類推適用の要件についていくつかの問題を提起した（[最 10]）。すなわち、①真の所有者の「承認」はどの程度必要なのか、②虚偽の外形は登記以外のものでもよいのか、③第三者が保護されるためには無過失が必要か、という問題である。各要件についての判例の展開は、すでにみたとおりであり、紛争の類型という点からみると、真の所有者の「承認」が広い概念であるため、意思に基づくといってもよいほど積極的な場合から、単に放置したにすぎないとか、さらには知らずにいた場合に近い場合までもがこれに含まれるとされるようになり（[最 13] [最 14] [最 18] [最 25]）、また、とくに保護の対象となる外形を登記に限定する理由がないため、この類型の範囲はかなり広いものとなった。しかし、このような拡大傾向は、最近の下級審をみる限りでは、虚偽の外形が作出されることを予測可能な状況で原因を与えたとか、作出された外形を自らが望んだように積極的に容認していた場合に限定して範囲そのものを制限するか、または、範囲としてはそのまま第三者に無過失を要求するという構成を採りつつ、しかもこの両者を相関的に判断しており、実際上はかなり限定されてきている。これをどのような者が外形を作出したか、ないしどのような者の名義で外形が作出されたかという角度からみると、それは、真の権利者とまったく無関係な者ではなく、当該不動産に関して事実上または法律上の何らかの事務を行うことを許容されていた者（親族、登記事務受託者、代理人、印鑑等を預かっていた者など）であり、代理人による代理権濫用に非常に近いような場合であることに注目できるであろう。

以上のように、紛争の類型を真の権利者と登記名義人または虚偽の登記作出者との関係からみる限り、判例は、九四条二項類推適用を虚偽表示に非常に近い場合から表見代理に非常に近い場合（しかし虚偽表示とも表見代理ともいえない場合）までの範囲で利用しているといえるのではなかろうか。判例は、意識的であるか否かは別として、結果的には、①当事者間に通謀とそれに基づく虚偽の法律行為がある場合には、九四条二項を適用し、②代理権授与の表示があつて代理行為が行われた場合には、一〇九条を適用し、③代理人が権限を踰越して法律行為をした場合には、一一〇条を適用し、④代理人が権限を濫用して法律行為をした場合には、九三条但書を類推適用し（判例理論による(58)）、これらの狭間にある場合、すなわち、⑤上記のいずれにも該当しないが、真の所有者と登記名義人または虚偽の登記作出者との間に九四条または表見代理類似の関係があり、かつ、いったん虚偽の外形が作出された場合に九四条二項を類推適用し、不動産に関して真実の権利関係に合致しない登記が作出された場合に関する真の所有者の責任をトータルでカバーするようになっているのである。

(58) 最判昭和四二年四月二〇日民集二一卷三号六九七頁など。

二 判例による法形成の意義と類推適用の限界

以上のような判例による九四条二項類推適用の発展過程は、結果としては、わが国の登記に公信力がないことをカバーするものとして機能していることは疑いないとしても、その範囲および要件は限定的であり、かつ、その意義ないし指向する方向は、不動産登記に対する信頼をそのまま保護することとはかなり異なったものであるといえるように思われる。すなわち、これまでの検討から明らかなように、判例は、虚偽の登記名義に対する真の所有者の結果責任を肯定するというよりは、むしろ、虚偽の登記名義を作出ないし積極的に容認したという、真の所有者の意思責任ないし行為責任を課しており、しかもそれは、九四条本来の適用と表見代理本来の適用との狭間にありながらいずれの適用をも受けえないような場合についても真の所有者に責任を課すものとなっている。すなわち、九四条二項類推適用は、本来の虚偽表示に近い型では、外形に対する高い関与度が要求され、表見代理に近い型では、真の所有者の意思関与とともに第三者の善意無過失が要求されるというように、虚偽表示と表見代理との両制度の調整法理として機能している（この範囲を超えるものについては、類推適用の限界を超えるというかたちで学説により批判されている）。このような意味での第三者の保護は、もはや登記に対する公信力的な保護の問題というよりは、むしろ、民法自身が設けている二つの制度間の狭間の調整の問題というにふさわしい。こうして、九四条二項類推適用は、少なくとも不動産事例をみてきた限りでは、わが国で登記に公信力がないことをカバーするという結果的な側面で一般化してとらえられるよりも、むしろ、真の所有者の意思と第三者の保護との調整という、民法の伝統的な問題に対する制度横断的な試みという側面で見直されてよいのではなかろうか⁽⁵⁹⁾。あえて登記に対する信頼という観点からいえば、九四条二項類推適用は、真の所有者の意思という要素から離れえず、登記に対するゲヴェーレ的保護を超えるものではないといえよう⁽⁶⁰⁾。

判例による法形成をこのようにとらえるときは、九四条二項類推適用の範囲ないし限界は、一般的には、一方では本来の虚偽表示ではないが、他方では表見代理にも該当しないところまで、ということがいえることになる。具体的には、もし虚偽の外形が作出されないままで第三者に不動産が譲渡されたならば、表見代理として第三者が保護されるといった事情が真の権利者側に存在し、虚偽の外形が作出されたうえで第三者に譲渡された場合が上限であり（ただし、一一〇条に近い場合、たとえば、代理人が本人名を詐称して法律行為をしたような場合について、一一〇条の類推適用ということがありうるが⁽⁶¹⁾、それは一一〇条側の問題である）、通謀と虚偽の外形が存在するが、これらに対応関係がなく九四条を適用できない場合が下限ということになる⁽⁶²⁾。

(59) 鹿野・前掲注(7)五九頁は、「九四条から二項を特別に取り出して、権利外観法理や信頼法理の表れとして捉え、あるいは『公信』に引き寄せる必要はない」とする。

- (60) これに対して、吉田・前掲注(24)判タ二七六号三九頁、同・前掲注(24)『民法の争点Ⅰ』四四頁は、虚偽の登記名義を放置した場合にも九四条二項類推適用を肯定し、真の権利者に登記名義を回復しない責任を課すべきとする。これは、これまで整理してきたような判例の限定的な九四条二項類推適用の利用よりは、さらに一步、作出された虚偽の外形に対する真の所有者の「結果責任」を積極的に肯定する主張である。ただ、具体的には、動産の善意取得を参考に要件を限定しており、九四条二項類推適用による無限定な公信力的保護を主張するものではない。
- (61) たとえば最判昭和四四年一二月一九日民集二三卷一二号二五三九頁。
- (62) ここでの検討は、判例による九四条二項類推適用の内容を内在的に検討しようとするものであるため、九四条二項類推適用の展開が他の不動産に関する規定（とりまなおさず、一七七条が最も重要である）とどのような関係にあるのかという問題は、これまで取り上げてこなかった。しかし、学説では、近年、九四条二項類推適用で保護される第三者の状況と、一七七条の適用によって保護される者とが、法律構成的にも具体的にも類似してきた状況をふまえて、両者の理論的關係に関する議論が行われている。議論の詳細については、とりあえず、半田・前掲注(1)星野編『民法講座第二卷』二二七頁以下、鈴木禄弥「不動産二重譲渡の法的構成」幾代通献呈『財産法学の新展開』（一九九二年、有斐閣）一八七頁、滝沢・前掲注(24)一九五頁のほか、第一章第二節2参照。この議論は、一七七条の議論の中で九四条二項類推適用論の意義を問い直そうとするものであり、九四条二項類推適用は、今後、このように、不動産取引と登記をめぐるトータルな問題解決のために一七七条との関連で位置づけられるべきものなのか、または、前述してきたように、意思表示ないし法律行為と第三者に対する責任という脈絡で位置づけられるべきものなのかが問題となろう。わが国における、「帰責」の問題を総合的に考察するものとしては、すでに、安永・前掲注(24)、多田利隆「善意者保護における帰責の原理（１）～（５）」北九州大学法政論集一二卷一号一〇七頁、二号四九頁、三＝四号一頁、一三卷二号三五頁、一四卷一号一頁などの先駆的研究がある。

裁判例の流れ

「適」：九四条二項適用例

「否」：九四条二項類推適用否定例

「一〇九」ないし「一一〇」：一〇九条ないし一一〇条類推適用併用例

「一項」：九四条一項類推適用例

「九三」：九三条但書類推適用併用例

その他の無印：九四条二項類推適用例

外形自己作出型

- 大1 (大判明治三二・六・七) 否
- 大2 (大判明治四二・一・二六) 適
- 大3 (大判大正一一・五・二三) 適?
- 最1 (最判昭和二九・八・二〇)
- 下1 (東京高判昭和二三・八・一〇)
- 下3 (名古屋地判昭和三五・一〇・一四) 否
- 最2 (最判昭和三七・九・一四)
- 下4 (東京地判昭和三八・一〇・二九)
- 下6 (東京高判昭和三八・一〇・二七)
- 最3 (最判昭和四一・三・一八)
- 最4 (最判昭和四二・六・二二) 一項
- 下11 (東京地判昭和四三・八・一)
- 最6 (最判昭和四三・一一・一五) 否
- 最7 (最判昭和四四・五・二七)
- 最9 (最判昭和四四・一一・一四) 九三
- 最12 (最判昭和四五・七・二四)
- 下12 (岡山地判昭和四六・一・二七)
- 下13 (名古屋高判昭和四六・一一・三〇) 否
- 最15 (最判昭和四七・二・一七)
- 最16 (最判昭和四七・二・二四) 否
- 下14 (東京地判昭和四七・七・二七)
- 下15 (大阪高判昭和四七・八・二)
- 下17 (大阪地判昭和四八・二・二六) 否
- 最19 (最判昭和五〇・四・二五)
- 下19 (大阪地判昭和五〇・一一・一七)
- 最20 (最判昭和五一・六・一八) 否
- 下20 (名古屋高判昭和五一・一〇・二七)
- 下21 (水戸地判昭和五四・七・四) 適
- 下22 (東京地判昭和五四・一一・六) 適
- 下24 (東京高判昭和五五・一一・一八)
- 最22 (最判昭和五六・四・二八) 一項
- 下26 (大阪地判昭和五六・七・二八) 九三
- 下27 (東京地判昭和五六・八・三一)
- 下29 (東京地判昭和五七・三・一九) 否
- 最23 (最判昭和五七・七・一) 否

<p>下 30（大阪高判昭和五八・二・一六）</p> <p>下 31（東京地判昭和五八・二・二五）（土地）</p> <p>下 33（東京高判昭和五八・一〇・三一）</p> <p>下 41（仙台高判昭和六一・三・二八）否</p> <p>最 24（最判昭和六一・一一・一八）</p> <p>下 47（東京地判平成四・四・一四）否</p>
意思外形非対応型
<p>下 10（大阪高判昭和四三・一・三〇）</p> <p>最 5（最判昭和四三・一〇・一七）一一〇</p> <p>最 8（最判昭和四四・一〇・一六）一一〇</p> <p>最 11（最判昭和四五・六・二）一一〇</p> <p>最 17（最判昭和四七・一一・二八）一一〇</p> <p>最 21（最判昭和五二・一二・八）一一〇</p>
外形他人作出型
<p>下 2（横浜地判昭和三四・七・二五）</p> <p>下 5（大阪地判昭和三八・五・一一）</p> <p>下 7（東京地判昭和四〇・三・一六）一〇九・一一〇</p> <p>下 8（東京高判昭和四〇・六・一七）</p> <p>下 9（大阪高判昭和四二・一・二三）否</p> <p>最 10（最判昭和四五・四・一六）</p> <p>最 13（最判昭和四五・九・二二）</p> <p>最 14（最判昭和四五・一一・一九）</p> <p>下 16（旭川地判昭和四八・一・二九）</p> <p>最 18（最判昭和四八・六・二八）</p> <p>下 18（東京高判昭和四九・五・二九）</p> <p>下 23（大阪地判昭和五四・一二・五）</p> <p>下 25（東京地判昭和五六・三・三一）</p> <p>下 28（東京地判昭和五七・二・八）否</p> <p>下 31（東京地判昭和五八・二・二五）（建物）</p> <p>下 32（東京地判昭和五八・七・一九）否</p> <p>下 34（浦和地判昭和五八・一一・一八）否</p> <p>下 35（大阪高判昭和五九・一一・二〇）</p> <p>下 36（大阪高判昭和六〇・一・二九）一一〇</p> <p>下 37（東京高判昭和六〇・一・二九）否</p> <p>下 38（東京高判昭和六〇・四・二四）否</p> <p>下 39（東京高判昭和六〇・四・二四）否</p>

下 40（横浜地判昭和六一・二・二六）否
最 25（最判昭和六二・一・二〇）
下 42（名古屋高判昭和六二・一〇・二九）否
下 43（高松高判昭和六三・三・三一）一一〇
下 44（東京高判平成元・一二・二一）
下 45（東京高判平成二・二・一三）
下 46（東京地判平成三・一〇・九）否

2 登記と民法九四条二項類推適用

2—1 判例による民法九四条二項類推適用の展開

わが国では、ドイツ法と異なり、登記は不動産物権変動の成立要件とはされておらず、不動産所有権の所在と登記名義との齟齬がより頻繁に生じることになる。しかし、一般的には不動産の登記簿に公信力はないと理解されており、このような場合には真の所有者の保護を優先するという判断をしているのである。

しかし、判例は、第二次大戦後、不動産取引の急増を背景として、その安全を確保するために、真の所有者と登記名義人との間に一定の関係がある場合には、登記名義人の登記を信頼して新たに取引関係に入った善意の第三者を保護するという法理を発展させてきた。この「一定の場合」を限定しつつ、善意の第三者を保護するために利用されているのが民法九四条二項の類推適用である(1)。

最判昭和二九年八月二〇日（民集八卷八号一五〇五頁）は、このような判例による九四条二項類推適用の先駆けとなった判決である。事案は、Aが他から建物を買い受けたにもかかわらず、B名義で移転登記していたところ、BがこれをCに譲渡したというものであったが、判決では、「B名義に登記したことがAの意思に基づく場合」には、「Aがいったん登記をした後、Bと通謀して虚偽表示をした場合」と異ならないとして、Cに九四条二項が類推適用されうることが示された(2)。

その後、判例は、いくつかの段階を経て、この九四条二項類推適用の法理を拡大・発展させてきた。その発展過程については、これまでにいくつかの分類・整理が行われているが(3)、今日では、おおよそ以下のようにまとめることができよう(4)。

一 外形自己作出型

(1) 当初の判例は、今日のように九四条二項を広く権利外觀に対する信頼の保護の一場合と考えるには至っておらず、条文の文言のアナロジーに執心していたように思われる。すなわち、判例上まず登場したのは、九四条適用の二つの要件である、「通謀」と「虚偽の意思表示」のうち、当事者間に通謀はあるが、虚偽の意思表示がない場合に対する類

推適用であった（最判昭和三十七年九月一四日民集一六卷九号一九三五頁〔土地の買受人が代理人の名義で出訴させ確定判決を得て代理人名義で登記した事例。そのような登記を一六年間放置していたという事情もある〕、最判昭和四一年三月一八日民集二〇卷三号四五頁〔建物を新築し、他人名義で保存登記した事例〕、最判昭和四四年五月二七日民集二三卷六号九九八頁〔自己の土地が競売されるにあたり、第三者の手に渡るのを防ぐために他人名義で競落した事例〕など）。

これらでは、虚偽の外形を作出したのが真の権利者自身であり、かつ、仮装の登記名義につき通謀があるかまたは名義人が承諾していることが、虚偽表示があつたと異ならないという理論をとる以上当然に必要であり、名義人の承諾のない場合は九四条二項類推適用では処理できず、一般的な禁反言法理によるほかないと考えられていた(5)。

(2) しかし、判例はその後、次第に九四条の文言から離れ、当事者間に通謀ないし登記名義人の承諾がない場合にも、不実の登記が真の所有者の意思に基づくものであるときは、第三者保護の程度に差等を設けるべき理由はないとして、九四条二項の類推適用を認めるようになった（最判昭和四五年七月二四日民集二四卷七号一一一六頁〔山林の移転登記を受けるにあたり、子名義で登記しておいたが、子の承諾を得ていなかった事例〕）。

これは、それまでの判例が通謀虚偽表示の類推であるからには、名義人の承諾が必要なのは当然としてきたところからすれば、類推適用のためには名義人の承諾は関係ないとする学説に促されて(6)、実質的には判例の態度を拡張ないし変更したものと見えるが(7)、反面、判例は、実は以前から通謀の要件には固執しておらず、真の権利者の意思に基づく責任の根拠を実定法に求めるためのテクニックとして、説明の便宜上取り上げたにすぎないということが明らかになったという見方もできよう(8)。いずれにせよ、かくして判例は、九四条二項の類推適用を条文の文言の拘束から離れて、より自由に展開しうる段階に到達した。初期の判例に対する学説の積極的評価が、判例をして法理の一般化へと向かわせる動機づけとなり、判例（まさに最高裁主導である）と学説とが一体となってここでの類推適用をあたかも一個の条文を創設するかのように推進していったのである。

二 意思外形非対応型

他方、判例は、虚偽の登記名義の作出について当事者間に通謀はあるが、その後、登記名義人によって、虚偽の登記名義に基づいてこれと異なる虚偽の登記名義がさらに作出され、通謀の範囲を超えてしまったという場合にも、九四条二項を類推適用するようになっていった（最判昭和四三年一〇月一七日民集二二卷一〇号二一八八頁〔相手方の取引先に信用を与えるために売買予約を仮装して虚偽の仮登記を経由したところ、相手方がこれを勝手に本登記に直して他へ譲渡してしまったという事例〕、最判昭和四五年六月二日民集二四卷六号四六五頁〔相手方に融資の斡旋を依頼し、その都合上、相手方と通謀のうえ、土地の登記名義を移転したところ、その相手方がさらに他人に登記に必要な書類を預け、その者が勝手に自己名義に移転登記して他に譲渡してしまった事例〕、最判昭和四七年一一月

二八日民集二六卷九号一七一五頁〔恐喝されるのを防止するために仮登記を経由することを通謀して登記に必要な書類に署名・押印したところ、その書類等を用いて本登記がなされたうえ、他に譲渡されてしまったという事例〕、最判昭和五七年一二月八日判時八七九号七〇頁〔買入れた土地につき民法上の組合を結成したが、便宜上数人のみの共有名義で登記しておいたところ、さらに虚偽の移転登記がなされたうえ、他に譲渡されてしまったという事例〕〕。

これらでは、通謀はあっても、その通謀の範囲を超える登記に対する信頼が問題となっており、真の権利者がその虚偽の登記名義に直接関与していないので、九四条二項の文言のアナロジーを考えるだけでは、第三者保護の理論構成が困難となる。そこで、判例は、第三者が信頼した虚偽の外観は、通謀による外観の自然的発展であるという構成をとり(9)、通謀を超える点について、代理権の「踰越」に関する民法一一〇条を併せて類推適用している（いわば、九四条二項による責任を基本代理権のアナロジーと考え、その踰越と考える）。この結果、このような事案では、第三者保護の要件として、善意だけでなく無過失も要求することになった。

このような両条の併用という構成は、一方では、九四条の条文へのこだわりを払拭できない時期の判例の態度を反映したものであろうが、他方では、第三者の無過失を要件に加えるとはいえ、真の権利者がみずから作出していないどころか、承認さえもしていない外観に対する責任を肯定しうる結果となる点では、それまでの一の判例を大きく踏み出し、さらには後述の三の判例をも超えて、一般的な権利外観保護の法理に近づくものとなりうる。判例の意図がそこまで九四条二項類推適用を拡大するものではないとするときは、作出された外観それ自体に対する権利者の意思関与、すなわち意思（一）ないし承認（三）を類推適用の歯止めとして問題にせざるをえないであろう。このためもあってか、このような両条の類推適用という構成は、後述の三の類推適用が定着するにつれて最近では判例上みられなくなってきた。

三 外形他人作出型

九四条二項の根底には、広く、虚偽の権利外観に対する真の権利者の責任という思想があると理解するときには、九四条二項を類推適用するにあたっては、虚偽の外観に対する権利者の意思関与があればよく、ことさらに通謀や権利者自身が虚偽の外観を作出したことにこだわる必要はなくなる。そして、判例は、ついに、通謀ないしそれに類似する事情（真の権利者による外観作出があった場合、最初は通謀があった場合）がない場合にも、真の権利者の最小限の関与で、九四条二項類推適用を認めるようになった（最判昭和四五年四月一六日民集二四卷四号二六六頁〔建物の贈与を受けた者が養母の名義で登記しておくことを許容したが、養母がさらに他人の名義で家屋台帳上の申告をして、その登録がなされ、その後それに基づいて保存登記がされ、他に担保権が設定されたという事例〕、最判昭和四五年九月二二日民集二四卷一〇号一四二四頁〔他より買い受けた建物につき、夫が

勝手に自己名義の移転登記を経由したが、真の所有者は事例を知った後も四年あまりこれを放置し、他から金融を受ける際にもそのままの登記名義で根抵当権を設定していたところ、他に譲渡されてしまったという事例]、最判昭和四五年十一月十九日民集二四卷一二号一九一六頁〔土地を買ったにもかかわらず、売主のもとで抵当権の設定登記と代物弁済のための仮登記がなされ、その後、売主がこの土地を他に売却してしまったという事例。善意無過失を要求している。ただし、九四条二項類推適用とは明言していない。学説では、本件は一七七条の事例であるとする批判が強い(10)]、最判昭和四八年六月二十八日民集二七卷六号七二四頁〔建物を新築したが登記をしていなかったところ、職権により夫名義で固定資産課税台帳に登録され、真の所有者がそのまま税金を納入してきたところ、夫の債権者が競売を申し立てたという事例]、最判昭和六二年一月二〇日訟月三三卷九号二二三四頁〔印鑑を預けておいたところ、土地建物について勝手に移転登記され、抵当権が設定されたが、真の所有者がそれを知りつつ一〇カ月放置していたという事例)]。

これらにおいては、通謀ないし真の権利者の意思による外形作出という要件に代わって、真の権利者が名義人により作出された虚偽の外形を明示または黙示で「承認」していたことが類推適用の根拠とされている。しかも、承認とはいっても、それは、事前だけでなく事後でもよく、また、必ずしも明示である必要はなく黙示で足りるとされているので、単なる「放置」といった場合にも承認があったと認めることができる余地を残している。こうして、判例の流れは、虚偽の外形に対する真の権利者の何らかの「帰責性」をもって第三者に対する責任を認めようとするところ（外形作出責任）に向かったといえ、九四条二項の類推適用という構成は、類推適用とはいっても、条文の文言からはかなりかけ離れて、真の権利者の意思関与に基づく権利外觀に対する信頼の保護という考え方を実定法に反映させるための解釈上のテクニックの一つにすぎないものとなっているといえよう。

2-2 民法九四条二項類推適用の要件

かくして、判例は、類推適用というテクニックを用いつつ、真の権利者の意思関与を根拠としてわが国の不動産登記に公信力がないことを補う機能を持つ独自の法規範を創設したのと同様なところまで到達した。今日では、もはや、従来のように九四条二項類推適用に関する多くの最高裁判決が出現することはなくなっているが、それは、むしろこの法理が裁判実務上一個の条文であるかのごとく定着したことの現われであるといえるであろう（事実、下級審判決はその後も数多くみられる）。そこで、以下では、これまでの判例から、九四条二項類推適用が認められるための要件を整理しておくことにしよう。

（1）虚偽の外形が存在すること

真の権利者と登記名義人との間に虚偽の法律行為が存在する場合は、九四条二項の適用になる。類推適用のためには、法律行為が存在している必要がないことは当然であるが、虚偽の外形が存在することは少なくとも必要である。ただ、何をもって虚偽の外形という

かが問題となるが、判例は、これを緩やかに解している。すなわち、移転登記がこれに当たすることは問題なく、そのほかに、保存登記（前掲、最判昭和四一年三月一八日）、家屋台帳（前掲最判昭和四五年四月一六日）、仮登記（前掲、最判昭和四五年十一月一九日〔ただし、前述のように、本件は民法一七七条の問題であるとする批判がある〕、最判昭和五〇年四月二五日判時七八一号六七頁〔仮登記担保〕）、固定資産課税台帳（前掲、最判昭和四八年六月二八日）についても肯定している。家屋台帳ないし固定資産課税台帳のように登記ではないもののまでが第三者の信託保護の対象となるかについて、昭和四八年最高裁判決の調査官解説(11)では、①その表示の制度自体が権利の表示に当たるか否か、②社会生活あるいは取引上一般に権利の表示とみられているか否か、③権利を表示している蓋然性あるいは正確度がかなり高いか否か、というかなり広い基準が提示されており、判例は、それが登記であるか否かにはこだわっていないようである。そもそも九四条は不動産取引にのみ適用される規定ではないので、九四条二項の類推適用においても、虚偽の外観を登記に限定して類推適用の歯止めにするには困難であろう。

（２） 虚偽の外形が真の権利者の意思に基づくことまたはその承認があること

前述のように、判例は、当初は通謀要件に固執していたが、現在ではこれにこだわらず、虚偽の外形の名義人の承諾も不要としている。しかしこれに代わって、判例は、虚偽の外形が真の権利者の意思に基づいて作出されたか（外形自己作出型）、または真の権利者の承認があること（外形他人作出型）を類推適用の要件としている。ただ、後者の承認は、事前でも事後でもよく、また明示でも黙示でもよいとされるので、実際には、事実関係から承認があったと簡単に認定される余地があり、要件としての歯止めに欠けるのではないかという問題がある（実際、判例の事案は、事実としては虚偽の外形を「放置」していた事例であるにもかかわらず、その法的評価としては「承認」があったとされている）。学説上もこの要件に対しては、危惧を抱く者が多い(12)（ただし、次の（３）参照）。

（３） 第三者が善意であること

民法九四条二項の要件である第三者の善意は、類推適用でもそのまま維持されている。意思外形非対応型では、一一〇条を併せ類推適用する結果として、無過失までが要求されるが、通常の九四条二項のみの類推適用では、善意のみを要件とすることが何ら問題とされていない（九四条二項適用の場合には善意のみで足りることにつき、大判昭和一二年八月一〇日新聞四一八一号九頁、最判昭和四三年十一月一九日民集二二卷一十二号二六九二頁）。しかし、学説では、（２）の承認要件が希薄になっている状況をふまえて、それとのバランスをとるために、通常の九四条二項のみの類推適用の事案でも、事案に応じて相関的に無過失（ないし無重過失）を要件として調整を図るべきであるとの説が有力に主張されている(13)。判例においても、場合によって一一〇条を併せ類推適用するのが、それが表見代理に類似しているという意味からではなく、虚偽の外形に対する真の権利者の関与度が低いことを考慮したという意味においてであり、「踰越」という点での類推適用であるとするならば、考え方としては両者の隔たりはさほど大きくない(14)。現在のように、実質的には九

四條二項からかなり離れたところでの類推適用が確立した状況のもとで、新たな法理の妥当する範囲を明確にするためには、(2)の要件の緩和との相関において、たとえ九四條二項の類推であっても、「善意」の意味を善意無過失と解するような解釈も可能であろう(15)。

なお、第三者が登記を取得している必要があるか否かについては、これが問題とされた時期もあったが(前掲、最判昭和四四年五月二七日〔第三者が登記を経由していないことをもって所有権の取得を否定することはできないと述べている〕)、今日では問題にされていない。

2-3 判例自身による一つの限界設定

以上のように、判例は、九四條二項類推適用を限界に近いところまで拡大させてきているというのが一般的な認識になっており、学説では、とくに「真の権利者の承認があること」という要件をめぐって、どのような場合までが虚偽表示類似の関係があったといえるのか、その限界が問題とされている。しかし、判例は、権利の実体と符合しない登記に対する第三者の信頼が問題となる場面ではあっても、古くから、九四條二項類推適用とは異なる構成で第三者を保護してきた場合がいくつかある。以下では、これを九四條二項類推適用に対する判例みずからの手による限界設定の一つとして取り上げることとする。

九四條二項類推適用は、当事者間に(虚偽の)法律行為が存在しないにもかかわらず、虚偽の登記名義だけが他人のところに存在している状況下で問題になる。これをAを真の権利者、Bを登記名義人、Cを第三者として図式的に言えば、AB間には法律関係がなく、BからCへの譲渡がなされたとして、「A B→C」という状態である。このような状態では、通常第三者Cは保護されないが、「AB間に虚偽表示類似の関係がある」ことを理由に第三者Cを保護するのが九四條二項類推適用である。

しかし、判例は、同じく「A B→C」という状態でありながら、多くの場面で、「AB間にはBからAへ向かう物権変動類似の関係がある」ことを理由に、真の権利者と第三者との関係に対抗問題であると構成し、一七七条を適用して結果的に登記を取得している第三者を保護している。それは、法律行為の取消しと登記、解除と登記、共同相続と登記、取得時効と登記という問題の場面である。法律行為の取消しと登記の場面では、判例は、取消後に利害関係を有するに至った第三者と取り消した所有者との法律関係につき、一七七条を適用し、取り消した所有者は登記を備えていなければ第三者に対抗しえないとしている(大判昭和一七年九月三〇日民集二一卷九一一頁)。法律行為が解除された場合にも、解除後に利害関係を有するに至った第三者と解除した所有者との法律関係につき、一七七条を適用し、解除した所有者は登記を備えていなければ第三者に対抗しえないとしている(大判昭和一四年七月七日民集一八巻七四八頁、最判昭和三五年一月二九日民集一四巻一三号二八六九頁)。また、共同相続で、遺産分割後に共同相続人の一人が自己の持分権を他に譲渡し遺産分割の結果と齟齬が生じた場合、遺産分割により権利を取得した者と持分

権の譲渡を受けた者との関係は、二重譲渡と同様の関係に立つとしている（最判昭和四六年一月二六日民集二五卷一号九〇頁）。さらに、不動産の取得時効が完成した後に元の所有者がこれを第三者に譲渡した場合についても、元の所有者から時効取得者と第三者への二重譲渡があったのと同様になると考えて、時効取得者は、登記なくして第三者に対抗できないとしている（大連判大正一四年七月八日民集四卷四一二頁）。

これらは、理論的には、取消し・解除・遺産分割・取得時効それぞれの効果に関する判例理論を反映したものではあるが、具体的効果の点では、物権変動の効果が遡及的に消滅（時効では所有権の消滅と原始取得）したことに基づき、はじめから所有者であったことになる者と、いったんは有効になされて現に存在する登記を信頼して取引関係に入った者との利害調整を行おうという、横断的に共通する判例の意思を読み取ることができる。すなわち、判例は、真の権利者と登記名義人との間に「現在は法律関係がない」場合であっても、これを「はじめから法律関係がなかった」場合と「かつては法律関係があった」場合とで明確に区別し、前者については九四条二項類推適用によって、後者については一七七条によって、不動産物権の所在と登記名義とがくい違っている場合における第三者の保護を図ろうとしているのである。これは、いったんでも有効な登記がなされた場合か、または、はじめから無効な登記であったかによる区別である。これを九四条二項類推適用の側からみるときは、真の権利者と登記名義人との間に、後者から前者への逆向きの物権変動がある場合には、一七七条によって処理し、九四条二項は類推適用されないということになり、類推適用の要件との関係では、「虚偽の外形」には、いったんは有効になされた登記は含まれないということになる（「真の権利者の承認」という要件充足の判断に入る前に、類推適用が否定される）(16)。

2-4 判例の「住み分け論」に対する学説の対応

一 学説における議論の方向

学説では、判例によるこのような両法律構成の「住み分け論」に対して、二つの方向からの議論がなされている。一つは、上記のような取消し・解除・遺産分割・取得時効の場合の具体的な処理に関するものであり、九四条二項類推適用と一七七条のいずれで処理するのが妥当か、という議論である。もう一つは、より基礎理論的なものであり、そもそも九四条二項類推適用論は一七七条とどのような関係に立つのか、という議論である(17)。後者は、①一七七条における二重譲渡の可能性の理論的説明（公信力説などをめぐる議論）をめぐって、または、②一七七条において判例上背信的悪意者論が確立し、学説ではさらに悪意者排除論が主張されるようになって、第三者が保護される利益状況が九四条二項類推適用の場合と類似してきた状況をふまえて議論されている。以下では、これらの議論を、九四条二項類推適用という法律構成の妥当範囲について、判例と異なる、より説得的な説明をなしえているか、という観点からとらえ直してみることにする。

二 取消し・解除・遺産分割・取得時効の場合の法律構成

取消し・解除・遺産分割・取得時効の場合の法律構成という問題については、一方で、九四条二項類推適用法理の有用性を高く評価する立場から、判例上は一七七条の問題とされる場面（とくに取消しと登記という問題について）でも、権利者と登記名義人との当事者関係は遡及的に無効となっていることを前提に、第三者を保護する方策として九四条二項を類推適用すべきことが主張されてきた(18)。このような主張によると、九四条二項類推適用は判例自身が設定した限界を超えて、さらに発展することになる。したがって、その際には、真の権利者と登記名義人との関係につき何らの限定も要しないという意味での公信力をわが国で認めるとの主張でない限り（わが国で公信力を認めるべきと主張する立場でも、それを真の権利者に帰責事由があり、かつ、第三者に保護事由がある場合に限定するときは、九四条二項類推適用論と異ならなくなる(19)）、九四条二項類推適用のための要件について判例とは異なる別の基準を設定する必要があるが生じる。しかし、現在までのところでは、それが明確に提示されているとはいえず、最終的には、権利者が事前にも事後にもまったく不知でなされた偽造登記のような場合以外は、常に九四条二項類推適用の可能性があるということになってしまうであろう。

他方では、以上とはちょうど逆に、対抗問題として処理すべき場合が徹底されていないとして、物権変動が遡及的に無効となった原因が生じる前後を問わず、登記名義人から真の権利者に対して復帰的な物権変動が生ずると考え、すべて対抗問題として一七七条によって処理すべきであるとの主張もされている(20)。この立場は、九四条二項類推適用理論そのものを否定しているわけではないので、九四条二項類推適用の側からみれば、その有用性は認めつつ、限定的な利用を促すものといえる(21)。このような主張によると、九四条二項類推適用の範囲は、判例よりも狭くなる（復帰的物権変動という構成の是非などについては、ここでの関心ではないので扱わない）。しかし、類推適用の基準をどこに求めるかということになると、これらの論者の一七七条に関する理解とは別のところでの説明が必要となり、一般的な九四条二項類推適用の限界論のなかに吸収されてしまうことになろう。

以上のような判例を含めた三者三様の対立については、当該場面ではそれぞれの制度趣旨や利益状況の違いに対する評価をも取り込んで、いずれの見解によるべきかが淘汰され決せられた状況にはない。ただ、これを九四条二項類推適用という法律構成の妥当範囲という観点からみた場合には、判例の掲げる「当該登記が有効な場合には一七七条を適用する」という基準に対して、学説がこれと異なる基準を示しているとはいえず、同じ基準のもとで、「登記が無効であるとき」に九四条二項を類推適用し、ただ、いかなる場合に登記が無効であるかについて、範囲を拡大すべきであるとの主張と、限定すべきであるとの主張とがあるにはかならない。こうして、(いったんにせよ) 有効な登記かまたは(はじめから) 無効な登記かという判例の住み分け基準の妥当性を検討するためには、さらに一七七条と九四条二項類推適用との理論的関係の議論へと進まざるをえない。

三 民法九四条二項類推適用と一七七条との理論的關係

九四条二項類推適用と一七七条との理論的關係については、すでにいくつかの見解が示されている(22)。これを前述のような判例による両者の住み分け論（有効な登記か無効な登記か）からみて整理すると、次のように分けることができよう。

① 一七七条で扱う登記も無効な登記であるとし、九四条二項類推適用を一七七条の問題に入るための前提とする見解

一七七条において公信力説が主張されていることは周知のとおりであるが(23)、公信力説とされる見解のなかには、二重譲渡の成立可能性を九四条二項類推適用によって説明する見解がある(24)。それによれば、不動産の第二譲受人につき九四条二項が類推適用されて、その結果、第一譲受人との間で二重譲渡関係が発生するとされる（最終的な決着は一七七条によって決する）。ここでは、一七七条が適用される前に、無権利者からの譲渡が有効になるかというかたちで九四条二項類推適用が論じられるので、厳密に言えば、その段階での譲渡人の登記は無効な登記ということになろう。二重譲渡についてこのような説明をすると、問題は、典型的な二重譲渡の場合だけでなく、前述の取消し・遺産分割などの場合も事態は同様であり、広く無権利者の登記を信託した者が出現する場合について同様の説明がなされることに結び付く(25)。そして、判例のような一七七条適用場面と九四条二項類推適用場面との区別ということは意味を失い(26)、両者は、無効な登記に対する信託保護という一個の問題に対して、二重譲渡構成を採る場面での役割分担をしていると理解することになろう。

しかし、九四条二項類推適用の妥当範囲の明確化という点からすると、九四条二項類推適用の限界をこの議論から抽出することはできず、むしろ、どのような場合に九四条二項を類推適用して一七七条の問題に持ち込むかが不明確なまま、現在の判例よりもさらに歯止めのない類推適用へと向かうことすらありうるといわざるをえない。

② 登記が有効か無効かを問題にすることなく、九四条二項類推適用は一七七条の制限法理にすぎないとする見解

二重譲渡問題が生ずる理論的根拠には触れないまま、対抗問題を処理するための一七七条における「第三者」の範囲の変遷過程に九四条二項類推適用論を位置づける見解がある(27)。それによれば、そもそも対抗要件主義もまた不動産物権変動における関係当事者の利益調節の機能を営みうるものであり、そのなかに第三者の信託保護を取り込むことができるとの認識のもとで(28)、九四条二項類推適用は、一七七条における第三者の範囲に関する無制限説の復活という意味を持つものであるとする。すなわち、判例は、かつて無制限説に立っていたが、その後制限説に転じ、さらに背信的悪意者論によってそれを徹底させて、登記のない正当な権利者を保護し、他方では、九四条二項類推適用によって制限説を制限して、ある面では無制限説を復活させ、登記名義のない権利者の権利主張を制限しているとする(29)。

この見解では、第三者の立場が有権利者からの取得なのか無権利者からの取得なのかという説明はしないので、その点につき触れないまま九四条二項類推適用と一七七条とを同化するのは無理があるとする批判がなされている(30)。このことは、登記の効力についても同様であり、この見解では、問題となる登記が有効なのか無効なのかは問題にされていないのである。したがって、登記に関する問題は、二重譲渡の場合だけでなく、取消しと登記の問題などにおいても、不動産物権の権利者が自己の権利を第三者に対抗しようとする場面すべてが一七七条の次元でとらえられることになり、一七七条が適用される場面が九四条二項類推適用の限界ということになって、判例のような住み分け論は意味を失う(31)。

しかし、九四条二項類推適用の具体的な範囲という観点からすると、どのような場合に一七七条における制限説が九四条二項類推適用によって制限されることになるのかという問題は、この見解では残されたままとなってしまう。

③ 九四条二項類推適用では無効な登記、一七七条では有効な登記が問題になるという区別を維持し、九四条二項類推適用と一七七条の議論を峻別する見解

これは、判例による九四条二項類推適用の発展を一応評価しつつ、一七七条の議論はこれとは異質なものであるとして、両者の議論を区別する見解である(32)。それによれば、九四条二項類推適用は、物権変動が不存在であるにもかかわらず、新しく不実登記を作出したという場合に問題になるのに対して、一七七条は、物権変動があったにもかかわらず、登記をしなかったという場合に問題になるのであって、両者は、別個の適用範囲・要件を持ち、まったく別々の問題であるとする。したがってまた、両者の調整も必要ないとする。

この見解は、登記の効力による区別という点では、九四条二項類推適用は無効な不実登記につき問題となり、一七七条は有効な登記につき問題になるものと考えていると思われるが(33)、取消し・解除などで問題になる「いったんは有効になされた登記」がそのいずれに当たるのかを述べるものではない。したがって、それらの場合が九四条二項の類推適用として処理されるのか否かという問題については、ここでの議論とは別問題として、それ自体検討されなければならない。それゆえ、これらを対抗問題と捉えることも(34)、判例のように理解することも、九四条二項を類推適用することも可能性としてはありうることになってしまう。論者によっては、独自の限界設定の試みもみられるが、その検証は、今後の課題とされている(35)。結局、この見解によっても、九四条二項類推適用の具体的な範囲は、判例以上に明らかになるとはいえない。

2—5 むすびにかえて

一 九四条二項類推適用の妥当範囲が明確にならない原因

民法九四条二項類推適用の妥当範囲について判例自身の掲げる一つの基準は、形式論理上は明確でも、具体的な事案においてどれほど九四条二項類推適用と一七七条とに法律構成を分けるだけの利益状況の画一的な違いがあるかという点からすると、さして合理的な

基準であるとも思われない。それにもかかわらず、以上みてきたところからすると、学説は、九四条二項類推適用と一七七条との関係からは、九四条二項類推適用の妥当範囲の明確化という点について、理論的にも具体的に、判例よりもより説得的な説明をなしえているように思われない。それでは一体どのように考えるべきであろうか。

もともと、わが民法では、虚偽の登記を信頼しても保護されない（すなわち、登記に公信力はない）というのが一般的な理解であったはずである。また、九四条は、もともとはフランス法に由来する、意思表示の裏に隠された秘密行為の第三者効に関する規定にすぎなかった(36)。九四条二項類推適用は、前者のテーゼを部分的にせよ否定するとともに、後者の意味を変化させて登場した。したがって、そこでの類推適用は、「似ているものは同じように」という意味を超えて、「否定されていたものの逆転」という意味と、「もとの規定の変容」という意味とをあわせ持っている(37)。

九四条二項類推適用は、登記との関係では、虚偽の登記が存在している場合にそれを除去し真正な登記を回復すべき義務を権利者に課すものであり、また、九四条との関係では、条文のもともとの意味とはまったく異なる場合に用いられている解釈上のテクニックであることが明確に意識されるべきである。このような状況を認識するときは、九四条二項類推適用の妥当範囲は、九四条のもともとの意味からも一七七条のもともとの意味からも明らかになるとはいえない。今後、九四条二項類推適用がなそうとしてきたことの意義を積極的に評価し、その限界を確定していこうとするならば、二つの方向からの検討が必要なのではなかろうか。

すなわち、一方では、一定の場合にせよ、真の権利者に「登記回復義務」を課すことがわが国の不動産物権変動法理と登記制度のなかで許されるのかが理論的に明らかにされなければならない。吉田教授は、これを登記制度の意義から根拠づけようとしており(38)、問題の核心に迫るものといえるが、登記名義の回復が要求されるのは、それが「登記制度＝公示制度の理想」に基づくからとされるだけでは、一般的に公信力を認めるのと異ならないか、それ以上の登記偏重にほかならず、承認しがたい。筆者としては、登記回復「請求権」を超えて、わが国でこのような登記回復「義務」を一般的に認めようとすることは、不動産物権変動につき権利の所在と登記との齟齬を容認する民法一七六条の意思主義を前提にする限り、無理ではないかと考えている。したがってまた、一七七条との理論的關係で九四条二項類推適用を論ずべきではないように思われる。さらに、取消し、解除等の場合の第三者保護を一七七条の対抗問題と構成する判例の住み分け論や一部の学説も、一七七条に名を借りて、権利の所在と登記名義とがくい違っているという結果から真の権利者に登記回復義務を課すものといえ、賛成できない。

他方、九四条二項が類推適用される領域は、いわば、これまで民法のいずれの条文も規定していなかった狭間の領域であるともいうべき認識に立って、「新たな条文作り」のための基礎作業を行う必要があるだろう。筆者としては、前述のように、わが国では一般的な登記回復義務を認めることはできないと解するので、虚偽の登記が作出されているという「結

果」それ自体に責任の根拠を求めることはできないと考えている。したがって、責任の根拠は、権利者が虚偽の外形を作出ないし承認したという、その意思ないし行為に求めざるをえず、そうするときは、類似している場合について第三者を保護している他の規定（民九六条三項、表見代理など）が扱う場面との比較検討のなかで、九四条二項類推適用が機能すべき領域を明確に位置づけるべきではないかと思われる。判例の掲げる「真の権利者の意思に基づくことまたは承認があること」という要件は、あまりにも一般的で、他の規定との関係が明らかではなく、真の権利者と登記名義人を取り巻く種々の利益状況のなかから、どのような場合が民法の既存の規定ではまかなえないにもかかわらず、なお権利者にデメリットを課すべきであるとされるのか、そしてそれはなぜかは見えてこない。

米倉教授は、すでに、九四条二項類推適用の限界づけのために、一般論として、(a) 真の権利者と不実名義人との間に夫婦・親子などの家族関係が存するかどうか（存すれば帰責性なしに傾く）、(b) 不実名義作出の事情、(c) 不実名義存続の事情、(d) 不実名義の存在に気づいてから以後の放置の期間の長短、(e) 不実名義人の処分の可能性がとくに大きいかどうか、(f) 不実名義が原因となつて、かつて取引の安全が脅かされたことがあったかどうか、という基準を挙げられ、これらの相関・総合判断によるべきことを主張されているが(39)、このことは、上記のコンテキストで理解すべきであろう。しかし、各種事情の考慮を超えて、民法の他の規定と整合的な一般的・客観的基準の定立が可能かどうかは、今後の分析に待たなければならない。

二 九四条二項類推適用の機能と妥当範囲

以上のような理解に立つときは、民法上の類似の制度のなかでも、とりわけ表見代理と九四条二項類推適用との関係に注目することができよう。判例は、前述したように、昭和四〇年代までに九四条二項類推適用の妥当範囲を拡張しつづけてきたが、近年の下級審判決をもあわせみる限りでは、それは紛争類型としても、また類推適用の要件としても一定の限定的な方向に集約されつつある。すなわち、紛争類型としては、外形自己作出型と外形他人作出型の二類型が中心になりつつあり、また、要件としては、権利者が自己の意思によって外形を作出した場合と他人が作出した外形に承認を与えた場合とを両端とする権利者の帰責性を要求しつつ、その範囲内で第三者の主観的態様を相関的に判断する（たとえば、帰責性が弱い場合には無過失まで要求する）といったことが定着しつつある。そして、このような九四条二項類推適用の利用は、紛争のタイプとしてもまた要件的にも、代理における表見代理ないし代理権濫用の場合と非常に近似していることがわかる。これらの場合と九四条二項類推適用の場合との違いは、前者では、不動産が権利者の名義のまま直接第三者に譲渡されているのに対して、後者では、いったん虚偽の外形が作出された後に第三者に譲渡されているという点だけである。こうしてみると、九四条二項類推適用は、登記の存在に対する信頼そのものを保護するためというよりも、むしろ、真の権利者の意思と第三者保護の調整という民法の伝統的な問題において、九四条二項と表見代理や代理

権濫用との狭間にありながら、いずれの適用をも受けえないような場合について、真の権利者に責任を課すための調整法理として機能しているといえるのではなかろうか。

このように解するときは、九四条二項類推適用の妥当範囲ないし限界もまた、この狭間の範囲内、具体的には、虚偽の外形が作出されているが、もし虚偽の外形が作出されないまま第三者に譲渡されたならば表見代理として処理されるといった事情が真の権利者に存在する場合を上限とし、通謀と虚偽の外形が存するが、これらに対応関係になく九四条を適用できない場合を下限と解すべきではなかろうか(40)。

- (1) 半田正夫「不動産登記と公信力」星野英一編集代表『民法講座第二巻』(一九八四年、有斐閣)二二六頁は、「相対的公信力」を承認するものという。
- (2) ただし、破棄差戻判決である。しかし、この判決には、先例としての疑問が数多く提示されている。たとえば、売買行為自体が虚偽行為なので、九四条の平凡なタイプにすぎない(柏木馨「判批」民商三二巻一号三三頁)とか、Aが一度も登記面上に現われていないことを捉えて、売主とBとの間に直接の虚偽表示があったと考える余地があり、判決が類推という表現を用いたのは、第一審以来当事者がこのことを主張したことがなかったという事情をふまえたものにすぎない(川添利起・最高裁判所判例解説民事篇昭和二九年度七六事件一二一頁)といった指摘がある。
- (3) 詳しくは、川井健「民法九四条二項類推適用論」ジュリスト増刊『不動産物権変動の法理』(一九八三年、有斐閣)八頁、半田正夫「民法九四条二項の類推適用」内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫先生還暦記念『現代民法学の基本問題(上)』(一九八三年、第一法規)九七頁、吉田真澄「民法九四条二項類推適用とその限界について」ジュリスト増刊『民法の争点』(一九八五年、有斐閣)四二頁、能見善久「民法九四条二項の類推適用」星野英一編『判例に学ぶ民法』(一九九四年、有斐閣)二六頁など参照。
- (4) 以下の各型の名称については、四宮和夫『民法総則〔第四版〕』(一九八六年、弘文堂)一七〇頁、能見・前掲注(3)二八頁以下によった。
- (5) 豊永道祐・最高裁判所判例解説民事篇昭和四一年度二二事件一一一頁、千種秀夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度二四事件二五五頁。前掲の最判昭和四一年三月一八日は、承諾が必要なことを明言している。
- (6) 於保不二雄「批判」民商五五巻四号六六三頁以下、高津幸一「判批」法協八四巻二号三三二頁。
- (7) 下森定「判批」判例評論一四五号一六頁参照。
- (8) 横山長・最高裁判所判例解説民事篇昭和四五年度五九事件五七一頁以下参照。これに先立つ最判昭和四四年十一月一四日民集二三巻一一号二〇三頁は、代理人の権限濫用による手形保証の事案で、受取人につき九三条但書を類推適用した後、この手形を差し押さえた国について、もし善意であるならば九四条二項の類推適用があるとしている。これは、代理人の権限濫用には九三条但書を類推適用するという判例理論と、

九三条但書が適用される場合には第三者保護のために九四条二項が類推適用されるべきとする学説の従来からの主張（我妻栄『民法講義Ⅰ新訂民法総則』〔一九六五年、岩波書店〕二八八頁など）とを合わせたものにすぎないが、九四条二項類推適用の発展過程としてみると、相手方の承諾がなくとも九四条二項が類推適用される余地があることを認めた事例といえるので、登記名義人の承諾を不要とする一つの契機となったのではないかと思われる。

- (9) 星野英一「判批」法協八七巻五号六二〇頁。
- (10) 幾代通「判批」判例評論一四八号一七頁、鈴木禄弥＝生熊長幸「判批」判タ二六〇号九九頁など。
- (11) 田尾桃二・最高裁判所判例解説民事篇昭和四八年度二事件一五頁。
- (12) たとえば、星野英一「判批」法協八九巻六号七三二頁、石田喜久夫「判批」民商六五巻三号四〇八頁以下、高島平蔵「判批」判例評論一四九号一〇頁、米倉明「批判」法協九二巻二号一八五頁以下など。
- (13) 星野・前掲注(12)七三一頁、同「判批」法協八九巻七号八六六頁、米倉・前掲注(12)一八三頁以下、半田・前掲注(3)一一三頁など。なお、四宮・前掲注(4)一六三頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』（一九八四年、青林書院）二五七頁は、九四条二項そのものについて無過失を要求する。
- (14) 外形他人作出型の最初の最高裁判決である前掲最判昭和四五年四月一六日の調査官解説、柳川俊一・最高裁判所判例解説民事篇昭和四五年度四事件三三頁では、真の権利者の承認がきわめて不明確で消極的なものであるときは、第三者に無過失を要求すべきではないかとの問題提起がなされていた。
- (15) 他の条文では、たとえば旧民法四七八条で、条文上は善意のみが要件とされていたが、判例・通説は、善意無過失を要求していた（最判昭和三七年八月二一日民集一六巻九号一八〇九頁〔偽造受領書により商品代金が詐称代理人に支払われた事例〕）ことが参考になろう。
- (16) 鎌田薫「対抗問題と第三者」星野英一編集代表『民法講座第二巻』（一九八四年、有斐閣）一一九頁は、登記名義人が実質的無権利者か否かの認定が対抗問題と公信問題を区別する要をなしているという。
- (17) 鎌田・前掲注(16)一三〇頁は、背信的悪意者論が進み、さらに悪意者排除論が徹底するようになると、「対抗問題」と「第三者保護の問題」ないし「公信問題」との区別の議論は意味を失うことになるという。
- (18) 幾代教授が取消しについて主張されたことに始まる。幾代通「法律行為の取消と登記」於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題（上）』（一九七一年、有斐閣）六一頁以下。その他に、四宮・前掲注(4)一七二頁など。解除については、幾代教授自身は解除の場合は間接効果説が妥当であり一七七条による処理でよいとされるが（前掲六二頁）、池田恒男「登記を要する物権変動」星野英一編集代表『民法講座第二巻』（一

九八四年、有斐閣)一七四頁は、現実にこのような説が唱えられているわけではないが、論理的可能性があるとして、九四条二項類推適用説を一つの説として掲げている。また、遺産分割については、高木教授が九四条二項類推適用による処理が可能とする(高木多喜男「相続と登記」ジュリスト七一七号一一九頁以下)。より一般的に言えば、鎌田・前掲注(16)一一九頁は、取消しと登記、遺産分割と登記、取得時効と登記など、判例が二重譲渡類似として扱ってきた問題に対して、九四条二項類推適用論が共通して問題を投げかけているという捉え方をしている。取得時効における九四条二項類推適用を主張するものとしては、加藤一郎「時効取得と登記」旧法学教室五号五八頁。

(19) 鎌田・前掲注(16)一三二頁注(60)参照。

(20) 鈴木禄弥『物権法講義〔二訂版〕』(一九七九年、創文社)九三頁、広中俊雄「法律行為の取消と不動産取引における第三者の保護」法時四九卷六号四八頁以下。

(21) 鈴木禄弥「不動産二重譲渡の法的構成」幾代通教授献呈論集『財産法学の新展開』(一九九二年、有斐閣)一八七頁。

(22) この問題を整理するものとして、松井宏興「民法九四条二項類推適用論の一考察」磯村哲先生還暦記念『市民法学の形成と展開(下)』(一九八〇年、有斐閣)八五頁、半田・前掲注(1)二二七頁以下などがある。前者は、議論を①九四条二項類推適用論と一七七条の適用範囲はまったく別個であるとして、両者の併存を認める立場、②九四条二項類推適用論を一七七条のなかに取り込んで、一七七条の問題として統一的に論じる立場、③一七七条を九四条二項類推適用論のなかに位置づけて、一七七条を後者の問題として考える立場、という三つの立場に分ける。後者は、後掲注(24)の米倉説、後掲注(27)の川井説を取り上げる。これら以降の議論としては、滝沢幸代「民法九四条二項と民法一七七条の適用関係」星野英一先生古稀記念『日本民法学の形成と課題(上)』(一九九六年、有斐閣)一九五頁がある。

(23) 公信力説については、鎌田・前掲注(16)九四頁、一二六頁、半田・前掲注(1)二二一頁以下とこれらに掲げられている文献参照。

(24) 米倉明「債権譲渡禁止特約の効力に関する一疑問(三・完)」北大法学論集二三卷三号五八二頁。

(25) 米倉・前掲注(24)五七七頁参照。

(26) この見解によっても両者の住み分けはあるが、判例のように適用領域を異にする住み分けではなく、いわば原因と結果のような関係に立つ住み分けのようであり、かつ、九四条二項が類推適用される領域のほうが広いことになろう。

(27) 川井健「不動産物権変動における公示と公信」我妻博士追悼記念『私法学の新たな展開』(一九七五年、有斐閣)二九七頁。

(28) 川井・前掲注(27)三〇〇頁。

(29) 川井・前掲注(27)三一三頁、三二〇頁。

(30) 半田・前掲注(1)二三〇頁。

- (31) 川井・前掲注(27)三二〇頁。
- (32) 吉原節夫「一七七条における背信的悪意者」ジュリスト増刊『民法の争点』(一九七八年、有斐閣)一〇一頁(ただし、同「一七七条における背信的悪意者」ジュリスト増刊『民法の争点Ⅰ』(一九八五年、有斐閣)一一四頁以下では、この主張の部分が削除されている)、松井・前掲注(22)一〇二頁、鈴木・前掲注(21)一八七頁以下、滝沢・前掲注(22)一九八頁。その他、明言するか否かを別にして、一般的には、このような理解が学説の多数であろうと思われる。
- (33) 滝沢教授は、二重譲渡につき、登記を取得した第二譲受人の法定承継と、未登記の第一譲受人の失権を登記の効果から説明されるので、そこでは登記の有効性が前提になっているものと思われる。滝沢・前掲注(22)二〇五頁参照。
- (34) 前掲注(20)の鈴木説。
- (35) 滝沢・前掲注(22)二二四頁は、九四条二項類推適用の限界づけとして、(a) 登記と実体上の権利関係の齟齬を理論的に補充し正当化することができない、(b) 真の権利者が不実登記を阻止することができた、(c) 第三者が善意無過失でかつみずから登記している、といった基準を考慮すべきであろうとされるが、その根拠としては、虚偽表示の本来の理論からする限界づけを考えておられるようである(同・二〇二頁以下参照)。
- (36) 九四条の沿革については、稲本洋之助『注釈民法(3)』(一九七三年、有斐閣)一四九頁以下、武川幸嗣「虚偽表示における対第三者効の法構造序説」慶応大学大学院法学政治学論究一二号一四三頁、同「フランス法における外観法理と仮装行為理論の関係」同一六号二〇九頁、小野健太郎「民法九四条の趣旨」日本法学五九卷四号二五一頁、鹿野菜穂子「虚偽表示無効」法時六九卷二号五五頁のほか、第一章第一節1—6—1参照。鹿野・前掲五九頁も「九四条から二項を特別に取り出して、権利外観法理や信頼法理の現われとして捉え、あるいは『公信』に引き寄せる必要はない」とされている。
- (37) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(一九九七年、有斐閣)四九頁は、第二次世界大戦後の九四条二項類推適用の進展が不動産取引の安全への社会的要請の登場と、不動産を中心とする「家」財産の保護という阻害的要因の消滅とによっていることを指摘している。
- (38) 吉田・前掲注(3)四四頁。
- (39) 米倉・前掲注(12)一八五頁以下。
- (40) 下級審判決を含めた裁判例の整理と私見の詳細については、第一章第二節1。

3 不実の所有権移転登記につき重大な不注意がある所有者と九四条二項・一一〇条の類推適用

最高裁第一小法廷平成一八年二月二三日判決一上告棄却

(平一五(受)一一〇三号、所有権移転登記抹消登記手続請求事件)
民集六〇巻二号五四六頁、判時一九二五号九二頁、判タ一二〇五号一二〇頁

3-1 判決のポイント

虚偽の移転登記が作出されたのは、所有者の余りにも不注意な行為によるものであり、その帰責性の程度は、自ら外觀の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いというべきであるとして、民法九四条二項、一一〇条の類推適用により善意無過失の第三者を保護した。

九四条二項、一一〇条の重疊的な類推適用に関する従来の判例以上に真の権利者の帰責性の要件を緩和するものであり、九四条二項類推適用の限界および九四条二項と一一〇条との機能的関係という両面で重要な問題を提起するものである。

3-2 事案

Xは平成八年一月頃、知り合いであったAの紹介により、Bから土地および建物(以下、本件不動産という)を買い受けて移転登記をした。Xは、Aに対して本件不動産を第三者に賃貸するよう依頼し、業者に本件不動産の管理を委託するための諸経費の名目で二四〇万円をAに交付した。同年七月以降、XはAの紹介により本件不動産を第三者に賃貸したが、その際の賃借人との交渉、賃貸借契約の作成および敷金等の授受はすべてAを介して行われた。

その後、XA間では以下のような事実が連続的に生じた。平成十一年九月、Xは、Aから二四〇万円の返還手続きのために本件不動産の登記済証を預からせてほしいと言われこれをAに預けた。同年十一月と平成十二年一月の二回にわたり、Xが以前購入して移転登記がなされないままになっていたためにAに登記手続を依頼していた土地について、Aから登記手続に必要であると言われてXの印鑑登録証明書四通をAに交付した。平成十一年十一月七日付けで本件不動産をXがAに四三〇〇万円で売り渡す旨の売買契約書が作成され、Xはその内容、用途を確認することなく、売却する意思がないのにAに言われるままに署名押印した。平成十二年二月一日、Xは、先の別土地の登記手続に必要であると言われて実印を渡し、Aがその場で本件不動産の登記申請書に押印するのを漫然と見ていた。同日、Aは、Xから預かっていた本件不動産の登記済証、印鑑登録証明書と上記の登記申請書を用いて、本件不動産につきXからAに対する同年一月三十一日売買を原因とする所有権移転登記手続をした。

以上のような状況の下で、平成十二年三月二三日、AはYとの間で、本件不動産を三五〇〇万円で売り渡す旨の契約を締結し、四月五日、AからYに対する所有権移転登記がなされた。そこでXは、本件不動産の所有権に基づきAおよびYに対して移転登記の抹消手

続を請求した。YはAが本件不動産の所有者であると信じており過失はなかった。

第一審は、AはXの代理人として行為したものではないが民法一一〇条が類推適用されると判示してXの請求を棄却した。原審（福岡高判平成一五年三月二八日判時一八四二号七二頁、高森八四郎「判批」私法判例リマークス三〇号一〇頁参照）もまた、本件の紛争実態はXの代理人であるAが授与されていた地位や権限を濫用して虚偽の外形を作出し第三者に処分したという事案であるから民法一一〇条の表見代理の場合と類似しているとし、同条の類推適用によりYが所有権を取得したとしてXのYに対する控訴を棄却した。そこで、Xは、民法一一〇条の類推適用は本人の不実登記への関与について民法九四条二項が類推適用される場合にのみ併用的に認められるべきであると主張して上告した。

3—3 判旨

「Aが本件不動産の登記済証、Xの印鑑登録証明書及びXを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続きをすることができたのは、上記のようなXの余りにも不注意な行為によるものであり、Aによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのXの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いというべきである。そして、前記確定事実によれば、Yは、Aが所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信ずることについて過失がなかったというのであるから、民法九四条二項、一一〇条の類推適用により、Xは、Aが本件不動産の所有権を取得していないことをYに対し主張することができないものと解するのが相当である。」

3—4 先例・学説

一 九四条二項単独の類推適用

今日、不動産取引における無権利者からの取得者を保護するために、判例による九四条二項類推適用が定着している。ここでその展開過程を詳しくフォローすることはしないが（詳しくは、第一章第二節1参照）、判例は真の権利者と登記名義人間に虚偽の意思表示がない場合であっても、虚偽の登記名義の作出につき真の権利者に帰責性があることを根拠に九四条二項を類推適用し、かつ帰責性の程度を順次緩和してきた、とまとめられるであろう。すなわち、判例は、まず不動産の買受人が他人の了解を得て直接その者の名義で移転登記を受けていたというように、真の権利者と登記名義人との間に虚偽の意思表示がないが、両者の通謀または登記名義人の承諾によって虚偽の登記名義が作出された場合について類推適用を認めたが（最判昭和二九年八月二〇日民集八卷八号一五〇五頁）、その後順次条文のアナロジーから離れ（最判昭和四五年七月二四日民集二四卷七号一一一六頁〔真の権利者の意思に基づく〕、最判昭和四五年四月一六日民集二四卷四号二六六頁〔真の権利

者が承認] など)、ついには虚偽の登記名義を放置していたというように、虚偽の登記名義が真の権利者の意思によらず、また承認もない場合であっても真の権利者に虚偽の外観作出につき帰責性があることを根拠に類推適用を認めるに至っている（最判昭和四五年九月二二日民集二四卷一〇号一四二四頁など）。

このような判例の展開に対して、学説からは、従来から類推適用の果てしない拡大に懸念が示されるとともに、真の権利者の帰責性の程度が低い場合のカウンターバランスとして第三者には善意だけでなく無過失を要求すべきであるとの主張がなされるようになったが（星野英一「判批」法協八一巻五号六〇七頁など多数）、最高裁は、九四条二項類推適用では善意のみで足りるとの姿勢を崩していない（最判昭和六二年一月二〇日訟月三三巻九号二二三四頁など）。

二 九四条二項と一一〇条の重疊的類推適用

判例は、従来から九四条二項単独の類推適用とは別に、九四条二項と一一〇条との重疊的な類推適用を認めてきた。①最初のケースは、売買予約を仮装して仮登記を経由したところ、仮登記名義人が勝手に売買を原因とする本登記をしたうえで第三者に譲渡したという事案であったが、最高裁は、「民法九四条二項、一一〇条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請」から善意無過失の第三者を保護した（最判昭和四三年一〇月二七日民集二二巻一〇号二一八八頁）。これは、九四条二項類推適用に関する判例が発展途上にあり、類推適用が認められるためには、真の権利者自身によって虚偽の登記名義が作出されるとともに、通謀または登記名義人の承諾が必要とされていた時期において、権利外観の作出に真の権利者が直接関与していない場合にも類推適用を肯定するための法律構成上の工夫であったといえる（いわゆる意思外形非対応型）。他方では、これにより第三者の保護要件として無過失を加重することになった。

その後、判例は、②土地所有者が金融の仲介を依頼して便宜上登記名義を被依頼人に移転していたところ、被依頼人から書類を預かった第三者が勝手に自己への移転登記を経由して他へ売却してしまったという事案（最判昭和四五年六月二日民集二四卷六号四六五頁）、③宅地を分割払いで購入した買主が自己の権利を保全するために売主に仮登記をするよう求めたところ、売主が買主を騙して必要書類に押印させて抵当権設定登記と代物弁済の仮登記をし、売主から第三者へ転々と売買されたという事案（最判昭和四五年十一月十九日民集二四巻一二号一九一六頁）、④暴力団から恐喝されるのを防ぐために仮登記をするよう依頼していたところ、被依頼人が勝手に自己に移転登記して第三者に売却したという事案（最判昭和四七年十一月二八日民集二六巻九号一七七一五頁）、⑤他から買い入れた土地につき民法上の組合を結成し、便宜上数人のみの共有名義で登記しておいたところ勝手に他に移転登記され、さらに第三者へ売却されたという事案（最判昭和五二年二月八日判時八七九号七〇頁）において九四条二項と一一〇条を類推適用し、善意無過失の第三者を保護している。

しかし、上記の判例のうち①以外は、いずれもいったん通謀による虚偽の権利外観が作出され、それを基礎として別の権利外観が段階的に作出されたとは必ずしもいえない事例である。すなわち、②は単純な虚偽表示の適用事例で第三者が悪意、転得者が善意という事案であるともいえる（高森八四郎「民法九四条二項と民法一一〇条」関法四五卷二・三号三二頁）。③はそもそも二重譲渡の事案であるとともに（鈴木禄弥＝生熊長幸「判批」判タ二六〇号九九頁、幾代通「判批」判評一四八号一七頁、近江幸治『民法総則〔第五版〕』一七八頁〔二〇〇五年、成文堂〕）、いきなり権限を越えた権利外観が作出された場合である。④も一度も通謀に基づく権利外観は作出されていない事案であるが、いったん仮登記がなかったことから重疊的類推適用を否定した原判決をわざわざ排斥している。⑤は組合名義での登記ができないことを考えれば、最初の共有登記が虚偽の権利外観とまでいえるかは問題であり、そうだとすればその後の移転登記こそが最初の虚偽の権利外観であるともいえる。

こうしてみると、判例が九四条二項に一一〇条を併用して類推適用しているのは、九四条二項適用＋一一〇条類推適用ではなく、真の所有者が許容した範囲を超えた権利外観が作出されたという状況を越権代理の状況に類似しているとみて、真の権利者が直接関与していない虚偽の登記名義に対しても帰責性があるとするとともに、この帰責性の弱さをカバーするために第三者に善意無過失を要求するためであると考えられる（九四条二項類推適用の要件を補充するものとしての一一〇条の利用）。これにより、判例は、無権利者からの不動産の取得者保護の範囲を拡大させるとともに、帰責性が弱い場合には第三者の保護要件を加重すべきであるという学説の主張も取り込んでいるのである。

3－5 評論

一 本判決の意義

本判決は、従来の九四条二項、一一〇条の重疊的な類推適用の事例と同様、虚偽の外観の作出の基礎となる何らかの権限（本件では不動産の管理権限）を真の権利者が付与し、その権限の延長上で虚偽の登記名義が作出されたという事案である。その意味においては、本件は特異な事例というわけではない。しかし他方では、これまでの重疊的な類推適用事例では、真の権利者には、第三者が信頼した権利外観ではないが、真の権利状態とは異なる権利外観の作出を許容していたという事情があったのに対して、本件では、真の権利者は何ら虚偽の権利外観の作出を許容したことはないという違いがある。そのような意味においては、本判決は従来の九四条二項、一一〇条の重疊的な類推適用の範囲をさらに一段階発展させて拡大させたものといえる。しかし、本件のように九四条二項を単独で類推適用するには帰責性が弱い場合にも一一〇条を併用して真の権利者に責任を負わせることには、九四条二項類推適用の限界という意味でも、また一一〇条との関係という意味でも問題があるように思われる。

二 類推適用の限界

九四条二項が類推適用されるためには、真の権利者に帰責性があることが必要であるが、どの程度の帰責性が必要かは理論上あいまいなままとなっている。しかし、わが国において一般的な権利外観保護法理を導入するのではなく、あくまで既存規定の類推適用による以上は、虚偽表示があったと同様であると評価できるだけの積極的な帰責性が必要であり、それが類推適用の限界であるというべきである。本来、九四条の本質は善意の第三者に対しては虚偽の意思表示が「そのまま有効」になるという点にあり、虚偽の登記が有効に扱われるのはその結果にすぎない。したがって、有効にすべき意思表示が存在せず虚偽の登記名義だけが存在する場合に、虚偽の登記名義に対する結果責任を問題にするだけでは不十分であるというべきである。従来、九四条二項類推適用が拡大し続けてきたのは、虚偽表示の「無効」と意思表示の「不存在」との違いを余りにも無視してきたからである。

九四条二項と一一〇条の重疊的類推適用は、九四条二項単独の類推適用以上に、上記の限界を超える危険性を内包している法律構成である。第三者が信頼した登記名義の存在を真の権利者がまったく知らない場合であっても、登記名義人に何らかの権限を付与しているというだけで責任を問われうることになり、九四条二項類推適用の範囲が果てしなく拡大するおそれがあるからである。このような危険性についてはすでに指摘がなされていたが（高森・前掲、関法四七頁、本研究第一章第二節1—2四。同旨、近江・前掲一八一頁）、本判決ではまさにその危険性が顕在化したといえる。近年の判例には、真の権利者の直接関与がない場合について、九四条二項、一一〇条の重疊的類推適用を問題にしながら具体的にはこれを否定するものがある（最判平成一五年六月一三日判時一八三一号九九頁）。事案を比較すると、たしかに本件とは真の権利者の対応に程度差があることは否めないが、この事案でも真の権利者は、白紙委任状、登記済証、印鑑登録証明書を交付し、また移転登記をすることを認める書類の交付も受けていたのであり、本件と結論を異にするほどの差があるのかは疑わしい（高田淳「本件判批」法セミ六一八号一一五頁参照）。この点、本判決は虚偽の登記名義に対する真の権利者の直接関与の欠如をカバーするために、「余りにも不注意な行為」によることを指摘するが、これは自らの知らない虚偽の登記名義を発見し除去する義務を真の権利者に課すに等しく、なすべき登記をしないという登記の懈怠以下の落度でよいとするものであって、登記は対抗要件にすぎないというわが国の法体系を崩す可能性すらある。

このように、本判決は、九四条二項類推適用において要求されるべき直接の意思関与を一一〇条によって軽減しているだけでなく、従来の重疊的類推適用の事例ではわずかに残されていた何らかの権利外観の作出の許容という要素をも不要としており、この両面において賛成することができない。

三 一一〇条との関係

本件のような事例では、第三者は代理権の存在ではなく権利者であるとの権利外観を信頼したのであり、また、効果として真の権利者と第三者との間で直接の法律関係を発生させるわけでもないので、代理は問題とならない（高森・前掲、私法判例リマックス三〇号一三頁参照）。登記名義人が実は代理人であることを第三者が知っている場合にはじめて、越権代理に類似した状況が生じるにすぎない。すなわち、九四条二項と一一〇条は、いずれも無権利者からの不動産取得者保護のための制度として共通しているが、行為名義の違いによって適用領域を異にしており、本来併用されることはありえないのであって、ここに一一〇条を併用するのは、九四条二項の帰責性要件を緩和するためでしかない（佐久間毅「本件判批」NBL八三四号二三頁は、本判決は、九四条二項の場合と同質の帰責性があるという評価を一一〇条類推適用により否定できない、という処理をしたのではないかと推測している）。

また両規定は、真の権利者の帰責性の程度という点では、九四条二項が自ら虚偽の意思表示をしたという第一次的な帰責性がある場合であるのに対して、一一〇条では本人が付与した権限に従って代理行為がなされれば問題はなく、無権代理行為に対する第一次的な帰責性は無権代理人にあり、本人はその原因を与えたという第二次的な帰責性があるにすぎないという違いがある。それにもかかわらず一一〇条で相手方が保護されるのは、代理行為に対する信頼保護を優先するからであり、したがってまた、保護の対象は代理行為の相手方に限られる。これに対して九四条二項では、行為者自身が真の権利者として行為しており、第三者ないし転得者はこれをそのまま信頼するしかないので保護の対象は幅広いが、反面、真の権利者には責任根拠として当事者以外の万人に対して言い訳のできない強い帰責性が要求されるのである。このような違いがある両規定を無権利者がたまたま代理人でもあったというだけで、第三者が信頼した外観に重畳はないのに重畳的に類推適用することは、双方の要件を緩和するだけであって、解釈論の域を超えて民法が想定している信頼保護の範囲を逸脱するものであろう。

なお、本判決は、従来判例のように、九四条二項、一一〇条の「法意に照らし」とはせず、「類推適用」を明言している。本件の評釈には、この違いに着目して、従来タイプを法意型と呼び、本判決を類推適用型と呼んで区別するものがある（佐久間・前掲一九頁）。判決の文言からは本件のような場合をとくに区別するような意図は読み取れないが、たしかに、本件が従来よりも両規定から遠い事案であるにもかかわらず、本判決が逆に類推適用という直接的な表現を用いたことには違和感がある。従来判例の表現は事案と一一〇条との異質性を意識したものであったとも思われるが、本判決が本当に一一〇条と同質性があると考えていたとしたら問題である。裁判所には一般的に何らかの条文上の根拠を求める傾向があるといわれるが、無理な引用は混乱を招くだけである。九四条二項類推適用は、同条のみの類推適用とし、かつ、真の権利者の直接的な帰責性を要求する限度で運用すべきである（本文中に引用したもののほか、中山布紗「本件判批」北九州市立大学法政論集三四巻一・二号一五六頁参照）。

4 民法九四条の機能

4—1 はじめに

民法九四条二項類推適用は、不動産取引において無権利者からの不動産取得者を保護するための解釈手法として、わが国において不動産登記に公信力が認められていないことを補完する機能を果たしている。しかし、類推適用の根拠については、真の権利者の帰責性という要件がそれ自体無限定的であるために、判例により順次緩和され、類推適用の限界をいかに画するかが問題となっている。これは、そもそも民法九四条二項における真の権利者の帰責根拠、および九四条と他の権利外観保護規定との関係が確定されていないことに原因がある。九四条二項類推適用の限界を画するということは、これらの理解を基礎にして類推適用の要件を明確化することである。

4—2 民法九四条の構造

一 旧民法の規定と体裁の変更

民法九四条は、ボアソナード草案を受け継いだ旧民法証拠編の反対証書に関する規定（五〇～五二条）に由来する。旧民法証拠編五〇条一項では、フランス民法一三二一条に倣い、反対証書（本証書の変更、滅却を目的とする秘密の証書）は、それを作成した当事者間でのみ効力を有すると規定されていた。五〇条二項では反対証書が善意の第三者に対抗できない旨が規定されていたが、これは反対証書の効力からして自明のことであった。

ところが、現行民法の起草にあたり、ドイツ民法に倣って法律行為ないし意思表示の諸規定が整序される際に、五〇条以下を虚偽表示に関する規定として理解し、かつ、証書の問題に限るのは偏狭に失ずるとして、意思表示一般の規定という体裁に変更されたのが九四条である。しかし、一項ではドイツ民法一一七条一項と同様にして通謀虚偽表示は無効であることを規定する方法が採られながら（秘匿行為が当事者間で有効なのは当然であり規定するまでもないとされた）、ドイツ民法にはない九四条二項が旧民法の規定をそのまま受け継ぐかたちで残置された。このため、九四条は一項がドイツ民法、二項がフランス民法に由来するというきわめて稀な構造を有する規定となったのである。

二 九四条二項の趣旨の変化

起草者には規定の体裁を変更すること以外に旧民法を内容的に変更する意図はなかったようである。九四条を旧民法の趣旨に従って二項を基点として読めば、九四条二項は当事者間の秘匿行為が善意の第三者には対抗できないという当然の規定にすぎない。しかし、同条を文字どおり一項の無効という文言に従って読めば、九四条二項は本来無効である意

意思表示を善意の第三者との関係では有効に取り扱い、いわば無から有を生じさせるという特別の意味を持つことになるとともに、一項の無効の意義を広く解釈すればするほど、第三者保護の範囲が広がっていくことになる。実際、九四条二項類推適用は一項の文言の枠をはるかに超えたところで機能するに至っている。このように、九四条二項類推適用の拡大は、規定の体裁が変更されたことに伴う規定の趣旨の無自覚的な変化と、それを是とするその後の解釈態度に出発点があったのである。

4-3 判例による類推適用の展開

一 外形自己作出型への類推適用

(1) 条文のアナロジー

戦前の判例の中にも、厳密には虚偽の意思表示がない場合であるにもかかわらず、九四条二項を“適用”している事例が見られるが（大判明治四二年一月二六日民録一五輯二八頁、大判大正一一年五月二三日新聞二〇一一号二一頁）、これらにおいては事案を虚偽表示と同一のものと捉える以上に無権利者からの不動産取得者を広く保護しようとの意図は読み取れない。

判例が意識的に虚偽表示の要件を広く理解して九四条二項を類推適用するようになったのは戦後である。リーディングケースとされる最判昭和二九年八月二〇日民集八卷八号一五〇五頁は、建物買受人の夫の妾名義で移転登記がなされてその後第三者に売却されたという事案であったが、最高裁は原判決を破棄して、移転登記を買受人でない者の名義にしたことが買受人の意思に基づくものならば、実質においては、買受人がいったん移転登記を受けた後、通謀虚偽表示で移転登記をした場合と何等えらぶところがないから、九四条二項を類推して、登記名義人が所有権を取得しなかったことを善意の第三者に対抗し得ないと判示した（ただし、買受人が登記に承認を与えたかにつき審理不尽として差戻し）。本判決は九四条二項の類推適用を明言した初の最高裁判決であり、その後の判例の発展の原点となったと解されている。

その後判例は、真の所有者と登記名義人との間に通謀ないし承諾があり、真の所有者の意思に基づいて虚偽の登記名義が作出されたという点においては虚偽表示と同一であるが、真の所有者と登記名義人間に虚偽の意思表示がない場合（**外形自己作出型**）に対する九四条二項の類推適用を定着させた（最判昭和三七年九月一四日民集一六卷九号一九三五頁、最判昭和四一年三月一八日民集二〇卷三号四五一頁、最判昭和四四年五月二七日民集二三卷六号九九八頁）。

この時期においては、虚偽表示に類似しているというためには、通謀か登記名義人の承諾があることが必要であり、承諾すらない場合には九四条二項を類推適用することはできないと考えられていた（豊永道祐・最高裁判所判例解説民事篇昭和四一年度一一一頁、千種秀夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度二五五頁）ことに注意が必要である。

(2) アナロジーからの脱却

上記の判例は、学説から、九四条二項が禁反言法理を表現していると捉えれば、類推適用のためには本人の意思が重要であって、通謀や名義人の承諾は問題ではないと批判された（於保不二雄「判批」民商五五巻四号六六三頁、高津幸一「判批」法協八四巻二号三三二頁）。はたして、最判昭和四五年七月二四日民集二四巻七号一一一六頁は、他から買い受けた山林につき承諾なく子の名義で移転登記を受けていたところ、子が他に売却したという事案であったが、最高裁は、登記名義人の承諾の有無により第三者保護の程度に差を設けるべきでないとして、登記名義人の承諾がない場合においても登記が真の所有者の意思に基づくものである以上、九四条二項を類推適用すべきであると判示するに至った。本判決は、類推適用の根拠を通謀ないし承諾の存在ではなく真の所有者の意思に求めることに転じたものであって、条文の文言への依拠を超えており、実質的には類推適用という解釈手法を用いた新たな法創造であるといえる（山本進一「判批」昭和四五年度重要判例解説四〇頁、下森定「判批」判評一四五号〔判時六一八号〕一六頁）。本判決が条文のアナロジーから脱却したことによって、その後の九四条二項類推適用はより自由に展開されうることになった。

二 外形他人作出型への類推適用

上記の判例が出現する前に、すでに条文のアナロジーからの脱却を予感させる判例が実は出現していた。すなわち、最判昭和四五年四月一六日民集二四巻四号二六六頁は、贈与を受けた建物が他人名義で家屋台帳に登録され、その後登記されて他に処分されたという事案であったが、最高裁は家屋台帳に他人名義で登録されていることを知りながらこれを明示または黙示に承認した場合であっても、真の所有者が事前に承認を与えた場合と第三者保護の程度に差を設けるべき理由はないとして九四条二項を類推適用していた。

本判決は、虚偽の外形が登記に限定されたものではないことを示した点でも重要であるが、とくに、類推適用のためには虚偽の外形が真の権利者の作出による必要はなく、他人が作出した虚偽の外形について真の所有者の事後的な承認があれば足りるとした点、しかもその承認は明示でも黙示でもよいとした点が重要である（**外形他人作出型**）。すなわち、これによって少なくとも理論上は、真の権利者と登記名義人との関係がどのようなものであろうとも真の権利者の承認のみで類推適用を認めることができ、しかも承認がたとえ消極的なものであろうともかまわないことになり、歯止めのない類推適用の拡大という問題を残すこととなった。

実際、その後の判例は、虚偽の登記名義作出に対する真の権利者の事前の関与がない場合について、登記名義の放置を帰責根拠として類推適用を肯定するものが現れ（最判昭和四五年九月二二日民集二四巻一〇号一四二四頁、最判昭和四五年十一月一九日民集二四巻一二号一九一六頁、最判昭和四八年六月二八日民集二七巻六号七二四頁、最判昭和六二年一月二〇日訟月三三巻九号二二三四頁）、学説からは、類推適用の限界ないしそれを越える

ものではないかとの懸念が示されるに至った。学説からは、こうした一連の類推適用の拡大に対して、真の権利者の意思関与の程度が低い場合にも類推適用を認めるカウンターバランスとして、第三者保護要件を厳格に解して善意だけでなく無過失を要求すべきではないかとの主張がなされるようになり（星野英一「判批」法協八一巻五号六〇七頁、同「判批」法協八九巻六号七三一頁、同「判批」法協八九巻七号八六六頁など）、近年の下級審判決にはこのように解するものも見られる。しかし最高裁は、九四条二項単独の類推適用については、今日に至るまで善意のみで足りるとの姿勢を崩していない（前掲、最判昭和六二年一月二〇日は無過失が不要であることを明言している）。

三 民法一一〇条との重疊的類推適用

（１） 意思外形非対応型への類推適用

時期は二よりもやや遡るが、外形自己作出型への類推適用の発展と定着に並行して、判例では九四条二項とともに表見代理に関する民法一一〇条を重疊的に類推適用するものが出現していた。すなわち、最判昭和四三年一〇月一七日民集二二巻一〇号二一八八頁は、売買予約を仮装して仮登記を経由したところ、仮登記名義人が勝手に本登記にしたうえで他に売却したという事案において、九四条二項と一一〇条の法意に照らし、真の所有者は善意無過失の第三者に対して責任を負うとした。本判決では、当事者の通謀によって作出された虚偽の権利外観を超える外観が登記名義人によって作出されており、このことに真の権利者が直接関与していない点が特徴的である（**意思外形非対応型**）（その他に、やや変則的な事案ではあるが、最判昭和四五年六月二日民集二四巻六号四六五頁、最判昭和五二年一二月八日判時八七九号七〇頁）。

このような重疊的類推適用は、時期的には外形自己作出型において登記名義人の承諾が必要とされていた時期において、第三者が信頼した登記名義は通謀による第一の権利外観の自然的発展であると捉えることにより、真の権利者が直接には関与していない場合でも類推適用を肯定するための法律構成上の工夫であったといえる。同時に、一一〇条を類推することによって、第三者の保護要件として無過失を加重することとなり、類推適用場面の拡大とのバランス調整も図られていた。

しかし、すでに見たように、その後判例は真の権利者が虚偽の登記名義の作出に事前に関与していない外形他人作出型についても真の権利者の事後承認を要件として類推適用を肯定するようになっており、今日では、真の権利者の意思ないし登記名義人の承諾がないことを補うために一一〇条を併せ利用する必要性は乏しくなっている。かえって一一〇条を併用すると、第三者が信頼した登記名義について真の権利者が事後承認すらしていなくても何らかの与因がある場合には責任を問われうるので、外形他人作出型の外側まで類推適用の範囲が広がる可能性を内包している（ただし、本判決自体は、真の権利者が第一の権利外観の作出を通謀していることを前提とした判断であった）。

（２） 外形与因型への類推適用

実際、上記以降の判例には、一度も通謀に基づく虚偽の登記が作出されないまま他人によって虚偽の外形が作出された場合であっても、外形作出に原因を与えたことを根拠に九四条二項と一一〇条を重疊的に類推適用し、善意無過失の第三者を保護するものが現れた。すなわち、最判昭和四七年十一月二八日民集二六卷九号一七一五頁は、虚偽の仮登記をすることにつき通謀したが、実際には本登記が作出され他に売却されたという事案において、真の所有者が意図した仮登記こそなされなかったが、仮登記の外観を仮装しようとしたことによって本登記がなされる結果が生じたとして重疊的な類推適用を認めている。また、最判平成一八年二月二三日民集六〇卷二号五四六頁は、真の権利者から不動産の賃貸事務等を任されていた者が預かっていた書類等を利用して勝手に自己への移転登記をして他に売却したという事案において、本登記をすることができたのは真の所有者の余りにも不注意な行為によるものであり、帰責性の程度は自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視しうるほど重いとして重疊的な類推適用を認めている。

これらは、誰が外形に作出したかというタイプ別でいえば外形他人作出型に属するが、虚偽の登記を黙示的にせよ承認しているわけではない点が特徴的であり、従来ならば九四条二項類推適用が認められる可能性は低かったと思われる事例である。たしかに、真の権利者の許容した範囲を超えた権利外観が作出されていることを代理権の越権に類似しているとみて一一〇条を利用する基礎があると考え余地もある（とくに前掲、最判平成一八年二月二三日のように代理人が越権して代理人名義の登記をしたような場合）。しかし、第三者は代理権の存在ではなく権利者であるとの権利外観を信賴したのであり、また、効果として真の権利者と第三者との間での直接の法律関係を発生させるわけでもないので、この場合は代理の問題ではない（第三者が悪意である場合にはじめて越権代理に類似した関係が生じる）。すなわち、ここに一一〇条を利用するのは、帰責性要件を緩和して類推適用を拡大するためでしかない。類推適用の発展という観点からすると、判例は、第三者保護要件を厳格にする代償として（前述のように、判例は九四条二項単独の類推適用では無過失を要件としていない）、帰責性の要件について、真の権利者の事後的な承認を超えて真の権利者の与因ないし不注意で足りるところまで到達したとみることができる（**外形与因型**）。

ただし、判例では、重疊的な類推適用を問題にしながら具体的にはこれを否定するものも現れている。すなわち、最判平成一五年六月一日判時一八三一号九九頁は、不動産の売主が買主会社の代表者に移転登記手続を依頼していたところ、代表者が勝手に自己名義に移転登記して他に売却したという事案において、真の権利者は虚偽の外観の作出に何ら積極的に関与しておらず、それを放置していたともいえないとして、重疊適用を肯定した原判決を破棄差し戻した。現時点においては、ここが判例における九四条二項類推適用の限界点となっている。

四 判例による類推適用の範囲と問題点

以上のような判例の展開によれば、今日、九四条二項類推適用および一一〇条との重疊的類推適用は、虚偽の権利外観の存在、それに対する真の権利者の帰責性、第三者の善意または善意無過失を要件とし、類推適用の具体的な範囲は、通謀により虚偽の登記が作出されているが当事者間に虚偽の意思表示がないために九四条二項を適用できない場合を下限とし、他人により虚偽の登記が作出されているが真の権利者に重大な不注意がある場合を上限としている。

しかし、このように解すると、今後は、真の権利者にまったく無関係なところで虚偽の登記が作出された（これはもはや公信力の問題である）のでなければ類推適用が肯定されるようになってしまうのではないかが問題となろう（佐久間毅「判批」NBL八三四号二二頁以下）。とくに真の権利者の帰責性を不注意にまで緩和することは、他人が作出した虚偽の登記の除去義務を真の権利者に課すに等しく、登記が対抗要件にすぎないわが国の法制度の下では問題である（しかし、吉田眞澄「仮装登記と民法九四条二項」判タ二七六号三九頁は回復義務を認めてよいとする）。学説では、従来から帰責性をより具体化するために真の権利者と不実登記に関する諸事情を分類して類推適用の限界を設定することが試みられている（米倉明「判批」法協九二巻二号一八五頁以下など）。しかし、各種の事情の総合的考慮を超えて、理論上、類推適用に限界を設定することはいまだ達成されているとはいえない。そこで以下では、今後の限界設定において考慮されるべき要素とそれらによる限界の大枠を検討しておく。

4-4 類推適用の限界

一 規定の趣旨上の限界

前述のように、規定の沿革からすれば、九四条二項の基になったのは秘匿行為の存在を前提とする規定であり、真の権利者の帰責根拠は、秘匿行為の存在を善意の第三者に対して主張できないという秘匿の点にあった。第三者が保護されるのは秘匿行為に対してであって、当事者間にそれが存在しない場合には、外形上の意思表示がそのまま効力を有するにすぎない。九四条は虚偽表示の効力の側から規定され、秘匿行為の存否にかかわらず適用される体裁が取られているが、善意の第三者との間では外形上の意思表示が「そのまま有効」となるという点こそが九四条の本質であることに変わりはない。ところが従来の判例や学説は、虚偽表示が「無効」とであるということと「不存在」との共通性を強調して、虚偽の登記のみが存在し、当事者間にそのまま有効にすべき意思表示が存在しない場合であるにもかかわらず類推適用を認めてきたのであって、類推適用はこの点ですでもとの条文の基礎的な前提を超えているのである。

類推適用が一般的な権利外観保護を行うための借用にすぎないとまで割り切るならば格別、もとの条文の本質を基礎とする以上は、真の権利者が実際に意思表示をしたのと同様

であると評価できる積極的な状況の存在が限界であり、虚偽の登記に対する結果責任を問題にするだけでは不十分であるというべきである。類推適用を虚偽の登記に対する不注意がある場合にまで一般化することは、規定の趣旨上の限界を大幅に超えるものであり、虚偽の登記を作出させる与因を厳格に重視した帰責性評価を行うとともに、その相関において第三者には善意無過失を課すべきである。

二 体系上の限界

仮に九四条二項自体から類推適用の限界を画することが程度問題以上には困難であるとしても、類推適用は、権利外観保護に関する民法の他の諸規定の各機能分担の枠およびそれらとの整合性の枠を超えることはできないというべきである。そうでなければ、他の規定ないし民法の体系それ自体が意義を失うことになるからである。したがって九四条二項の類推適用の範囲と限界を画するためには、九四条二項類推適用と他の諸規定における帰責性の異同が明確にされなければならない。

不動産取引のように取引の相手方の行為名義が重要な取引において、九四条二項類推適用と隣接する権利外観保護規定は表見代理である（民法には無権利者が権利者であると称した場合の規定として一九二条〔動産〕と四七八条〔債権〕があるが、不動産取引については、無権代理として行われた場合の規定があるだけで、権利者と称した場合が九四条以外にないという構造になっている）。表見代理は、代理権に対する信頼保護と、本人と相手方との間で法律関係を発生させる点に特徴がある。これに対して九四条二項は、権利者であるとの信頼保護と、その者と第三者間でなされた法律関係を有効とする点に特徴がある。しかし両者は、行為名義の違いを超えて、不動産が無権利者を通じて処分された場合の第三者（表見代理では相手方）保護のための制度として共通している。したがって、九四条二項の適用、類推適用が表見代理の諸規定に抵触せずかつこれらとの整合性を保持することができる範囲は、最大限でも、仮に代理行為として行われたならば表見代理が成立するところまでであり、具体的には、真の権利者と行為者との関係は一〇九条、一一〇条、一一二条の場合と同様であるが、行為者が代理人としてではなく自己のために行為をした場合までであるといえる。このように解すると、九四条二項が適用される場合は、真の権利者が虚偽の外形を許容している場合として代理では一〇九条に対応し、これに対して九四条二項類推適用は、虚偽の外形を許容していないが責任がある場合として一一〇条および一一二条に対応し、九四条はこの範囲内で他人による行為に関して民法規定の欠缺を補充する機能を有していると解することになる。

他方、九四条二項と一一〇条、一一二条の表見代理とは、真の権利者（本人）の帰責性の点では大きな違いがある。すなわち、前者では、虚偽の登記に対する第一次的な帰責性はそれを自ら作出した真の権利者にあるが、後者では、本人が授与した代理権に従って代理行為が行われれば何ら問題がないのであるから、無権代理行為に対する第一次的な帰責性は無権代理人にあり、本人はその原因を与えたことに対する第二次的な帰責性があるに

すぎない。これに加えて、表見代理で保護されるのは代理行為の直接の相手方に限られるのに対し、九四条二項の第三者にはその限定がない。これらの違いを勘案すれば、九四条二項類推適用が認められるためには、真の権利者には一一〇条や一一二条の表見代理における本人以上の帰責性が存在することが必要であるというべきである。したがってまた、帰責性要件を一一〇条程度にまで緩和するために九四条二項と一一〇条を重疊的に類推適用することは妥当でないというべきである。

三 遡及的物権変動への類推適用

近年の学説では、九四条二項類推適用は、判例による展開以上に応用され、いわゆる不動産の遡及的物権変動（取消し、解除、取得時効、共同相続）における第三者保護について、一七七条による判例の伝統的な処理に代わる法理として有力に主張されている（第一章第二節1、2および第四章第二節2参照）。このような主張は、本来有効な意思表示の競合する場合に限られるべき一七七条の適用範囲の無理な拡大を糾弾する意味において理論上正当であると思われるが、第三者保護の限界を画することのないままでは、理論構成上の優劣以上のインパクトに欠け、かえって無限定な保護を招きかねない。帰責の根拠は、物権変動を遡及的に無効ならしめたことではありえず（取消しや解除をすることに帰責性があるとはいえない）、また、登記名義を残置させていること自体でもなく、登記名義について虚偽表示があったと同等に評価できる意思関与があることでなければならないと思われる。九四条二項類推適用では、登記に対する信頼保護は結果であって、帰責の根拠ではないことを想起すべきであろう。

第二章 民法四七八条の帰責構造

第一節 民法四七八条の帰責根拠

1 議論の歴史的展開

弁済は、それを受領する正当な権限を有する者に対して行われなければならない。しかし、実際には、弁済の相手方が正当な受領権者であるかのような外観を有しているために、この外観を信頼して弁済が行われる場合がある。このような場合に弁済者の保護を図るために、民法は、受領権者以外の者に対する弁済も一定の場合にはこれを有効とする制度を設けている。債権の準占有者に対する弁済（民四七八条）、受取証書の持参人に対する弁済（民四八〇条）、指図債権証書および記名式所持人払債権証書の所持人に対する弁済（民四七〇条、四七一条）がそれである。

これらのうち、判例・学説上とくに議論されてきたのは、債権の準占有者に対する弁済である。そこで本節では、この四七八条を中心に提起し、その関連において四八〇条にも触れることにする。

四七八条をめぐるのは、解釈論上いくつかの問題点が論議されてきたが、その議論は、①準占有者の範囲はどこまでなのか、という問題から出発して、②二〇五条の準占有と四七八条の準占有の関係、③郵便貯金法、銀行取引約款上の払戻しについての免責規定との関係をどのように解すべきか、という問題を經由し、④民法の他の表見法理との関係において四七八条をどのように位置づけるか、という問題へ進展していった。

ここでは、これらの議論を、できるだけ民法制定当初から今日に至るまでの具体的な紛争の変化との対応において整理するため、あえて「表見的債権者」という名の下に論議を統一せず、四七八条、四八〇条の各条文、各要件に関する議論を時代を追ってみていくことにする。

1-1 債権の準占有者に対する弁済

一 民法制定当初の議論

民法四七八条は、「債権ノ準占有者ニ為シタル弁済ハ弁済者ノ善意ナリシトキニ限り其効力ヲ有ス」と規定している（ただし、現代語化前）。これは、フランス民法一二四〇条が、「債権の準占有者に善意でなしたる弁済は、準占有者がその後に債権を追奪されたときといえども、その効力を有する。」と規定しているのに倣ったものであるといわれている。すなわち、旧民法財産編四五七条は、「真ノ債権者ニ非サルモ債権ヲ占有セル者ニ為シタル弁済ハ債務者ノ善意ニ出テタルトキハ有効ナリ／表見ナル相続人其他ノ包括承継人、記名債権ノ表見ナル譲受人及ヒ無記名証券ノ占有者ハ之ヲ債権ノ占有者ト看做ス」と規定してい

た。現行民法の起草者によれば、四七八条は、この例示の部分を削って簡単にしたものであると説明されている(1)。

法典調査会では、この説明に対して何らの異議も出されることがなかったので、四七八条は、起草者が当初から考えていたままの形で立法化された。したがって、起草の理由は、法典調査会の議論の中からは明らかではないが、その後の文献で起草者自身が示しているものが、立法当時の四七八条のとらえ方であったと理解してよいであろう。それによるならば、四七八条にいう準占有は、二〇五条にいう準占有と同様である。すなわち、準占有とは、「自己ノ為メニスル意思ヲ以テ財産権ノ行使ヲ為ス場合」であり(2)、旧民法にいう「債権ノ占有」と同一である(3)。ただ、旧民法の例示は、債権の準占有者を網羅しているといえないので、これを採用しなかったにすぎず(4)、相続権のない者が誤って相続人の権利を行った場合や、他人の不在に乗じて財産を横領した場合などが適用の例であるとされている(5)。また、「効力ヲ有ス」とは、債権が消滅するという意味であるとされている(6)。

大正時代に入っても、これにそのままならった説明がなされている。ただ、石坂博士は、一般論としてではあるが、四七八条が広きに失し、弁済者を保護することに厚すぎる、はたして実際取引上の必要に合致するか否か疑いがある、との指摘をしている(7)。しかし、これは、四七八条の適用を制限しようとの具体的な解釈論には結び付いておらず、逆に、起草者の説明では明らかでなかった弁済者の過失の有無は、これを問わないと明言していた(8)。

二 戦前の議論

(1) 偽造領収書に関する議論 四七八条について具体的な問題が生じたのは、偽造領収書を提出した者に関する判決(9)をめぐるものであった。すなわち、領収書が偽造であり、債権者本人がその作出に何ら関与していないような場合にも四七八条の適用があるのか否かが問題となった。判決では、このような場合でも準占有者たりうるとされ、学説もこれに賛成した(10)。

ただ、杉之原博士は、この判決を契機として、従来のような準占有についての二〇五条と四七八条の同一理解があやまりであり、四七八条の準占有者については、「自己のためにする意思」の有無は問題とならず、もっぱら外形的事実のみで決すべきであると主張した(11)。この主張は、後に論文の形でさらに整理された(12)。それによれば、①わが民法中の占有の成立については、主観説によるべきもの(民一八〇条・二〇五条)と、客観説によるべきもの(民一九二条)とがあるが、四七八条は後者に属する。したがって、その成立は、もっぱら外形的事実のみをもって決すべきである。②一方、「債権の行使」は、一般社会観念上 *Rechtsschein* を伴うものでなければならないから、弁済者には無過失が要求されると解すべきである。

この考え方は、四七八条をめぐる後の議論に大きな影響を与えることになった。というのは、この考え方は、弁済者保護の観点から準占有者の範囲を独自に決定しようという方

向を示していたからである。

(2) 詐称代理人に関する議論 四七八条をめぐる本格的な議論を誘発するきっかけとなったのは、詐称代理人に関する判決であった(13)。これは、年金証書と印章を窃取した者が、この印章を使用して受領委任状を偽造し、これの交付を受けた者が、年金の支払いを受けてしまったところ、国が、この支払いを無効と主張して不当利得返還請求をしたという事案であった。判決は、四七八条にいう準占有者とは、自ら債権者であると称して債権を行使する者をいい、債権者の代理人と称して債権を行使する者を含まないとして、弁済を有効とした原判決を破毀差戻した。この判決をめぐる、四七八条に関するいくつかの考え方が表明された。

まず、二〇五条と四七八条を同一に理解する立場は、占有に代理占有が成立する以上、準占有についても同様であり、詐称代理人にも四七八条の適用があるとし、実際上も本人と称した場合と代理人と称した場合とで弁済者の保護を異にすべきではないと主張した(14)。ただその一方で、弁済者に無過失を要求し、本件では過失があったとして、判決の結論には賛成したのである(15)。

また、二〇五条の準占有と四七八条のそれとを区別する立場は、二〇五条が準占有者保護の規定であるのに対し、四七八条は弁済者保護の規定であるから、四七八条においては外観のみを問題とすべきであり、自己のためにする意思は不要であるとして、詐称代理人も含まれると主張した（一方ではやはり、弁済者に無過失を要求している）(16)。

これらの見解に対して、新たに、詐称代理人に対する弁済が有効か否かは、もっぱら表見代理の適用如何の問題であるとする見解が現れた(17)。理論構成は、この見解ではいまだ十分でなかったが、古く石坂博士によりなされた四七八条は弁済者保護に厚すぎるとの指摘が、ここではじめて具体的な主張と結び付いたといえよう。

以後、四七八条をめぐる議論は、①二〇五条の準占有との同一理解をした上で準占有者の範囲の拡大をはかる立場、②二〇五条の準占有との峻別をした上で外観によって準占有者の範囲を決定する立場、および③準占有者の範囲を限定的にとらえる立場とに分かれていくことになった。

ただし、弁済者の無過失の点については、説明の仕方として、善意とは別にこれを要するとする見解(18)と、条文の善意の中に無過失を読み込むことができるとする見解(19)とに分かれたが、結論としてこれを要するとする点では、①②の立場は、この時点ですでに一致をみるに至った。しかし、③の立場はこれに反対し、過失を不問と主張することになった(20)。

(3) 郵便貯金法との関係に関する議論 このような③の立場は、その後、郵便貯金の通帳、印を窃取した者に対する払戻しに関する判決(21)(22)をめぐる、四七八条と郵便貯金法との区別を主張し、他の立場との違いを明快に示すことになった。すなわち、当時の郵便貯金法一三条は「成規ノ手續ヲ経テ郵便貯金ヲ払出シ又ハ保管ニ係ル証券ヲ交付シタルトキハ正当ノ払出又ハ交付ヲ為シタルモノト看做ス」と規定していたが(23)、これと

四七八条がいかなる関係にあるかが議論されたのである。

そして、①②の立場が同条を四七八条の特別規定ととらえた(24)のに対し、③の立場から三宅教授は、準占有者の範囲を限定してとらえ、次のように主張した(25)。外観がいかんして生じたのかを問わないとするならば、自称債権者への善意の弁済がすべて真の債権者の静的安全の犠牲において有効とされてしまうが、これは、民法が他の場合にとっている静的安全と動的安全との調節に関する建前を弁済において破ることになる。そして、四七八条はフランス法においてもドイツ法においても認められない徹底した外観法理をとくに弁済について認めたことになる。しかし、それが立法者の意思であったのか、また、実際上の必要があるのか疑問である。したがって、偽造の証書による払戻しの場合も、偽造委任状による詐称代理人の場合も、四七八条は適用されない。ゆえに、郵便貯金通帳を窃取した場合には、もっぱら郵便貯金法によらなければならない(26)。

三 戦後の議論

戦後の議論は、戦前における三つの立場の違いをそのまま受け継いでなされていった。最高裁は、詐称代理人について、ついに学説の多数の見解を受け入れ、四七八条の適用を肯定するに至ったが(27)、この判決をめぐって展開された議論は、戦前のそれと異ならなかった。ただ戦後においては、三つの各立場をより徹底させる理論構成に力点が置かれることになった。

①の立場は、二〇五条と四七八条の準占有を同一に理解し、占有について代理占有が認められる以上、準占有についても代理準占有が認められるとして、詐称代理人に四七八条を適用するが、これに対しては、たとえ二〇五条と四七八条の同一理解を前提とした上でも、批判が強かった。すなわち、④物の侵奪の場合には代理占有が成立しない以上、本人と内部関係のない詐称代理人にも代理準占有は成立しない(28)。⑤たとえ代理準占有を認めるとしても、本人が準占有者であり、詐称代理人が準占有者となるわけではない(29)。

①の立場は、これらに対して次のように主張するようになった。すなわち、第一に、二〇五条と四七八条を同一に理解しながら、準占有の要件をゆるやかに解することによって、準占有者の範囲の拡大を正当化しようとする見解が、多数を占めるようになった。それによれば、「自己のためになす意思」は、広く自己の責任においてなす意思と解すべきであり、現実には、債権の「行使をなす」者をもって準占有者と解して大きな支障はない、それゆえ、二〇五条と四七八条を切り離して解さなくとも、詐称代理人に四七八条を適用できるというのである(30)。

第二に、二〇五条と四七八条を同一に理解しながら、批判を取り入れて、詐称代理人には四七八条の適用がないとする見解が現れた(31)。すなわち、四七八条の準占有の理解は、二〇五条から出発すべきであるが、その際には債権の「事実的支配」が問題であり、単に通帳、印の持参人や偽造印による証明書では準占有は否定される。詐称代理人の場合には、準占有者となるのは本人であり、代理人ではない。弁済者の過失については、当初から不

問に付したものである。この見解は、二〇五条と四七八条の同一理解を前提とするが、その内容は、後述の③の立場とほぼ同様であって、準占有者については外観それ自体が問題なのではないことを主張するのに力点が置かれており、二〇五条と四七八条を同一に理解した上でも③の立場が正当であることを主張するものととらえたほうがよいように思われる。

②の立場は、戦前においては、四七八条は弁済者保護の規定であって、二〇五条のような準占有者保護の規定でないということが、①の立場に対する反対の根拠であったと同時に、自らの立場の根拠でもあった(32)。戦後になると、さらにこれを一步進めて、四七八条は権利外観保護の法理の一つの現れである、と説明する見解が現れるに至った(33)。それによれば、弁済者に無過失が要求されるのは当然であるということになる。

また、四七八条の適用にあたって債権者側の事情を考慮するかという問題については、古くには、準占有の状態が作り出された原因を問題にすべきかという形で議論されたが(34)、多数説はこれを不問とし、③の立場のみが、準占有者を限定的にとらえる立場から、預金通帳窃取のような場合に四七八条の適用を否定してきた(35)。②の立場は、本来、外観の作出原因を問わず準占有者の範囲を広げるために登場したものであったが(36)、戦後においては、篠塚教授は、外観保護法理から説明する結果として、債権者の帰責性を要求すべきであると主張するに至った(37)。

他方、外観法理を基礎にしながらも、帰責性を要求すべきではないとの見解もある(38)。すなわち、四七八条は外観信頼の保護の制度であるが、四八〇条が表見代理の延長線上の制度であるのに対し、即時取得と同一の思想を有するとして、債権者の帰責性を問わないとするのである。

以上の立場に対して、③の立場は、四七八条を厳格に解し、四七八条からもれる場合には他の処理をすべきであるとの解釈を徹底化するようになった。すなわち、四七八条は、債権者たる地位の外観（債権帰属面における外観）に対する信頼についてのみ適用されるのであり、事実上の外観、生の事実が問題なのではない。債権行使面における外観、すなわち弁済受領権限に対する信頼は、四八〇条ないし表見代理の問題である。大量取引の増加により、証書と印章の符合確認による支払いによって免責されることが要請されるが、それは、全然四七八条の問題ではなく、もっぱら当事者間の契約解釈の問題である(39)。そして、フランス法においても、詐称代理人は表見代理で処理されており、沿革的にも四七八条を限定的に解すべきである(40)。弁済者の無過失については、準占有者が限定される以上、不要である(41)。

四 新たな議論

以上のような展開を経た現在においては、四七八条それ自体をめぐる議論は、三つの立場の違いを対立として残したまま、鎮静化している。しかし、具体的には、①②の立場が、説明の仕方は異なれ、四七八条の適用範囲の拡大と弁済者の免責要件の厳格化という

点で一致し、学説の多数を占めている。現在の議論は、これを前提に、四七八条における「準占有者」以外の要件をゆるやかに解して適用領域をさらに拡大すべきか否かという問題をめぐってなされている。

戦前において四七八条が問題となった事例の多くは、郵便貯金の払戻しをめぐってであったが、戦後においては、銀行預金の払戻しをめぐる事例が裁判上多く現れ、四七八条が銀行取引を中心として問題になる傾向を示していた。他方、銀行預金については、無記名、偽名、他人名義の預金の帰属をめぐって従来から議論があったが、昭和三〇年代に入ると、裁判上これが争われる事例が多くみられるようになった。この問題をめぐっては、原則として出捐者を預金者とする客観説、原則として預入名義人ないし預入行為者を預金者とする主観説、場合によって区別する折衷説が主張され、現在もなお決着をみていない状況にある。しかし、最高裁は、客観説をとることを一貫して表明しており、今日ではこの立場は確定したものとみてよいであろう(42)。

ところで、このように預金者の認定が問題となるのは、主に預金担保貸付においてである。すなわち、銀行が出捐者以外の者を預金者と考えてこの預金を見合いに貸付を行い、返済がないとして相殺した場合に、出捐者が自己の預金であると主張して、預金の払戻しを請求するといった形で問題が生じる。このような場合に最高裁は、出捐者を預金者と認定しつつ、相殺につき定期預金の期限前の払戻しと実質的に同視できるとして、四七八条を類推適用し、銀行の保護と出捐者の利益との調整をはかっている(43)。

このように相殺を弁済と同視することについて、学説ではこれに賛成する者もあるが(44)、四七八条を拡大して解釈しすぎるものであるとの批判もある(45)。

しかし、最高裁は、四七八条類推適用の立場を維持しつつ、さらに進んで、銀行の善意・無過失は貸付時に存すればよく、相殺時にまで存することを要しないとの考えをあきらかにした(46)。

相殺と弁済を同視しつつ、善意・無過失の基準時を相殺時としないことは、理論的には難解である。結局、最高裁は預金を担保とした銀行の保護を考えているのであり、四七八条はいわば借用されたものにすぎない。しかし、今日四七八条が問題となるほとんどの事例が、この預金担保貸付と相殺に関する事例であることを考えるならば、逆に、四七八条は、立法当初とはまったく異なった意義と機能を果たすものとして性格を変化させてきているのだとの見方もなりたちうるであろう。

- (1) 法典調査会『民法議事速記録〔学術振興会版〕』（発行年不明）二〇巻六一丁裏（穂積陳重発言）。民法四七八条の立法過程については、池田真朗「民法四七八条論序説」慶院昭和四八年度一九頁参照。
- (2) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編（訂正増補）』（一八九九年、和仏法律学校）二四六頁。
- (3) 岡松参太郎『註釈民法理由下巻債権編』（一八九七年、有斐閣）二五九頁。

- (4) 岡松・前掲注(3)二五九頁。
- (5) 梅・前掲注(2)二四六頁。
- (6) 岡松・前掲注(3)二六〇頁。
- (7) 石坂音四郎『日本民法第三編債権第四卷』(一九一四年、有斐閣)一四二四頁。
- (8) 石坂・前掲注(7)一四二三頁。
- (9) 大判昭和二年六月二二日民集六卷四〇八頁。
- (10) 末川博「判批」論叢一九卷二号一四六頁、杉之原舜一「判批」判例民事法昭和二年
度六二事件三〇〇頁。
- (11) 杉之原・前掲注(10)三〇六頁。
- (12) 杉之原舜一「表見的受領権者に対する弁済者の保護」法協四六卷八号一三五三頁、
九号一五七七頁。
- (13) 大判昭和一〇年八月八日民集一四卷一五四一頁。
- (14) 穂積重遠「判批」判例民事法昭和一〇年度九七事件三八六頁、末川博「判批」民商
三卷三号五〇三頁。
- (15) 穂積・前掲注(14)三八九頁、末川・前掲注(14)五一〇頁。
- (16) 岡村玄治「判批」新報四六卷三号一二頁、同「債権の準占有者」志林四〇卷三号
一頁。
- (17) 近藤英吉「判批」論叢三四卷二号三四六頁。
- (18) 杉之原・前掲注(12)九号一五七九頁、末川・前掲注(14)五一〇頁。
- (19) 穂積・前掲注(14)三八九頁、末弘巖太郎『債権総論』(一九三八年、日本評論社)
一六四頁。
- (20) 近藤・前掲注(17)三五一頁。
- (21) 大判昭和一六年六月二〇日民集二〇卷九二一頁(窃取した通帳と偽造印で払戻しを
受けた事例)。
- (22) 大判昭和一八年八月二〇日民集二二卷七七七頁(窃取した通帳、印で払戻しを受け
た事例)。
- (23) その後の郵便貯金法は、二六条で「この法律又はこの法律に基く省令に規定する手
続を経て郵便貯金を払い渡したときは、正当の払渡をしたものとみなす。」と規定して
いた(注記 平成一七年郵政民営化により廃止)。
- (24) 末川博「判批」民商一九卷六号四四七頁。
- (25) 三宅正男「判批」判例民事法昭和一六年度六〇事件二六二頁。
- (26) 同旨、伊藤正己「判批」判例民事法昭和一八年度四七事件二〇二頁。
- (27) 最判昭和三七八年八月二一日民集一六卷九号一八〇九頁。
- (28) 内池慶四郎「債権の準占有と受取証書」法研三四卷一号五八頁、篠塚昭次＝柳田幸
男「準占有と代理資格の詐称」判タ一三九号四頁。
- (29) 内池・前掲注(28)五七頁、篠塚＝柳田・前掲注(28)四頁、浜上則雄「表見受領者へ

- の弁済」『新民法演習Ⅲ』（一九六六年、有斐閣）一六三頁。
- (30) 柚木馨『判例債権法総論』（一九五一年、有斐閣）二四六頁、同「債権の準占有者への弁済」『判例演習債権法1』（一九六三年、有斐閣）一八四頁、山主政幸「表見的受領権者への弁済」『民法演習Ⅲ』（一九五六年、有斐閣）一五九頁、我妻栄『新訂債権総論』（一九六四年、岩波書店）二七九頁、林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論〈改訂版〉』（一九七八年、青林書院新社）二三九頁。
- (31) 内池・前掲注(28)五八頁。
- (32) 戦後においてもこの趣旨を述べるものとして、川島武宣『所有権法の理論』（一九四九年、岩波書店）一六一頁、遠藤誠「代理人資格冒用と債権の準占有者に対する弁済」司法研修所報二〇号六五頁、田中実「判批」判例評論二三号（判例時報二〇五号）一九頁。
- (33) 乾昭三「判批」判例評論三三号（判例時報二四一号）一八頁、篠塚＝柳田・前掲注(28)四頁、打田峻一「表見債権者への弁済」法学教室〈第一期〉一〇八頁、浜上・前掲注(29)一六三頁、同「弁済受領権限のない者への弁済」奥田昌道他編『民法学』（一九七六年、有斐閣）一八八頁、沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）八七頁、篠塚昭次「代理資格の詐称と準占有」『民法判例百選Ⅱ』（一九七五年、有斐閣）九三頁、星野英一『民法概論Ⅲ』（一九七八年、良書普及会）二四〇頁。
- (34) 前掲注(10)。
- (35) 前掲注(25)(26)。
- (36) 前掲注(11)。
- (37) 篠塚＝柳田・前掲注(28)六頁、篠塚・前掲注(33)九三頁、沢井・前掲注(33)八七頁、星野・前掲注(33)二四〇頁、二四六頁。ただし、外観法理による見解にも多少の差異があり、浜上教授は、単なる外観でなく、債権との事実的結びつきが弁済受領者に必要であるとの立場から、外観は債権者によって作出されたものでなければならないとし、債権者の帰責性についても、一九二条との均衡、および弁済は特定人間の債務関係の存在を前提にしていることから、これを肯定している（浜上・前掲注(29)一六七頁、同・前掲注(33)一九二頁）。
- (38) 下森定「債権の準占有者に対する弁済」『新版・民法演習』（一九七九年、有斐閣）二二四頁、清水暁「債権の準占有」『判例と学説民法Ⅱ』（一九七七年、日本評論社）一〇二頁。この立場は、外観法理に基礎を置きながらも、具体的結論においては、①の第一の立場を支持するものである。また、西村信雄「判批」民商五六巻四号六五七頁は、四七八条を一九二条と同列に理解しつつ、動産の場合には詐称代理人に一九二条の適用がないとして、詐称代理人につき四七八条の適用を否定する。これは、結論的には③の立場を支持するものである。
- (39) 来栖三郎「債権の準占有と免責証券」民商三三巻四号四八〇頁、三宅正男「判批」判例評論一四号（判例時報一五八号）一一頁、山崎寛「判批」法時三六巻二号九四頁。

- (40) 新関輝夫「フランス民法における債権占有」名法四一号一二〇頁。
- (41) 三宅・前掲注(39)一一頁。しかし、流通性のある債権についての四七〇条、四七一条、手形法四〇条三項との対比からみて、指名債権が主な対象となる四七八条では無過失を要求してよいとする見解もある（高橋三知雄「債権の準占有者への弁済」『演習民法〔債権〕』〔一九七二年、青林書院新社〕）一七〇頁。高橋説は、詐称代理人については表見代理によるべきであるとするが、四七八条において弁済が有効とされる根拠は準占有者の有する債権に対する事実的支配にあるとする。
- (42) 預金者の認定については、以下のほか、多くの論文が発表されているので詳しくはそれらを参照されたい。平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引法大系』（一九八三年、有斐閣）七〇頁、河合伸一「記名式定期預金の預金者」金法一〇四七号六頁、川村正幸「記名式定期預金者の認定と貸付金債権による相殺に対する民法四七八条の類推適用」金判六八六号四八頁、中馬義直「預金者の認定をめぐる疑問」手形研究三五三号四頁、三五九号四頁、三六〇号四頁のほか、第二章第二節1参照。
- (43) 最判昭和四八年三月二七日民集二七卷二号三七六頁、同昭和五七年四月二日金法九九五号六七頁。
- (44) 川井健「判批」金判三八九号四頁、石井眞司「相殺等と銀行の預金者認定の注意義務」堀内仁古稀『銀行取引法の研究』（一九七六年、金融財政事情研究会）一三三頁。四七八条と免責約款によるべきとする見解として、前田庸『現代の経済構造と法』（一九七五年、筑摩書房）四二九頁。
- (45) 吉原省三「預金者の認定と表見預金者と取引した銀行の保護」金法六九〇号二二頁、高島平蔵「判批」判例評論一八〇号（判例時報七二四号）一三三頁、平井宜雄「弁済以外の行為に対する民法四七八条の類推適用」『民法の判例〈第三版〉』（一九七九年、有斐閣）一四二頁、白羽祐三「債権の準占有者に対する弁済」『新版・判例演習民法』（一九八二年、有斐閣）一八三頁など。
- (46) 最判昭和五九年二月二三日民集三八卷三号四四五頁。

1－2 受取証書の持参人に対する弁済

一 民法制定当初の議論

民法四八〇条は、「受取証書ノ持参人ハ弁済受領ノ権限アルモノト看做ス但弁済者カ其権限ナキコトヲ知リタルトキ又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス」と規定している。これは、ドイツ民法三七〇条が、「受取証書の持参人は給付受領の権限あるものとみなす。ただし、給付者に知れた事情により、かかる権限ありと信ずべからざるときはこのかぎりではない。」と規定しているのに倣ったものであると理解されている(47)。旧民法にはこのような規定はなく、現行民法の起草にあたりはじめて採用されたものである。

起草者は、この規定を設けた趣旨を、實際上相当の受取証書を持って来た者には安心して払えるということがなければ、取引に差し支えるからであると説明している(48)。四七八条との関係については、わずかに、債権の準占有者でない場合でも弁済者に過失がないときに保護するために必要であると説明されているにすぎない(49)。

要件については、後に、受取証書が真正であることを要するか否かで議論がなされることになるが、この点では起草者においても一致をみていなかったようであり、富井委員が偽造のものを含むと発言した(50)のに対し、梅委員は実際に起草した立場から、書くときは真正のものに限るつもりで書いたと発言している(51)。法典調査会でのやりとりをみる限りでは、富井委員の見解には反対が多く(52)、起草者としては、真正のものに限るつもりであったと理解してよいであろう(53)。他方、受取証書を所持するに至った原因については、これを不問とする考えであった(54)。

その後、明治・大正時代においては、議論はほとんどなく(55)、受取証書は、それを作成する権限を有する者が作成することを要し、真正であることを要すると解されていた(56)。

二 戦前の議論

昭和に入り、偽造の受取証書の持参人に対する弁済につき表見代理が問題となった判決(57)をめぐって、従来疑われていなかった、証書の真正なることについて疑問が投げかけられた。すなわち、田中（和）博士は、本件は四八〇条の問題であるとして次のように主張した。四八〇条の立法理由は、取引の安全をはかるために債務者が受取証書の持参人を受領能力あるものと正当に信じた点にあるのであって、表見代理の規定とその軌を一にする。ゆえに、四八〇条においては、持参人と債権者との間に一定の関係があることを前提としており、受取証書が偽造であっても、それが作られることについて債権者に過失がある場合には、四八〇条を適用すべきである(58)。

次いで、杉之原博士は、四七八条と四八〇条をともに外形的事実に公信的効力を認めたものと理解する立場から、同様の結論を主張した(59)。この見解は、四八〇条固有の問題として受取証書が偽造でもよいと主張するにとどまらず、四八〇条を公信力的規定と位置づけ、四七八条と統一的に理解しようとする最初の試みであり、後の、四七八条を外観法理によって理解する立場からする四八〇条の説明の基礎となったと思われる。

この後は、受取証書が真正のものに限るとする見解(60)と、偽造のものでもよいとする見解(61)とがくり返され、理論上の進展はみられなかった。

三 戦後の議論

戦後になると、四七八条の理論構成との関係で四八〇条を位置づけようとする傾向がみられるようになった(62)。

(1) 四七八条の準占有者の範囲を限定的にとらえる立場からは、四七八条と四八〇条を統一的にとらえることに反対して、四七八条は債権の存在の外観に対する信頼保護の

規定であるのに対し、四八〇条は弁済受領権限に対する信頼保護の規定であるとの主張がなされるようになった(63)。そして、四八〇条に偽造証書の場合も含めると、具体的には、債権者に不可抗力の場合にまで危険を負担させる結果となり、理論的には、問題がより抽象的一般原則としての表見代理あるいは準占有という制度にもちこまれることになってしまうという(64)。

(2) 四七八条を外観法理によって理解し、適用範囲の拡大をはかる立場からは、四八〇条も含めて外観法理により統一的にとらえようとする主張がなされるようになった(65)。すなわち、四七八条は、表見代理、一九二条など同一の系列の制度として理解すべきであるが、四八〇条は、その四七八条に対して特別規定である。受取証書が真正であることは、実体法上の要件ではなく、法律上の推定の前提事実にすぎず、偽造が債権者の過失によって生じた以上は、四七八条を引き出すまでもなく、四八〇条で債務者は免責される。そして、四七八条におけるのと同様に、四八〇条においても、動的安全と静的安全の調和をはかるために、債権者の帰責性を要件とすべきである(66)。

(3) 四七八条において、二〇五条と四七八条の準占有の同一理解をする立場では、受取証書が真正であることを要求すべきか否かは、必ずしも四七八条との関連で論じられているとは思われないが、多数は、静的安全との調和のために真正なものに限るとしている(67)。この立場においては、偽造の受取証書に対する弁済を無効とすることの具体的不都合を回避するために、偽造の場合でも、表見代理の要件をみたす証書は真正とみるべきであるとの解釈がなされている(68)。このような解釈をとれば、偽造のものも含むとした上で債権者の帰責性を要求する(2)の立場との間に具体的な結論の違いはほとんどなくなるであろう。また(1)の立場も、偽造の場合には表見代理によるので、結論的には差がなくなる。そうであるとするならば、理論構成上、本来事実の問題である「真正か偽造か」という問題につき、表見代理をいったん介在させて四八〇条に戻るといった構成が必要であるかは問題であろう。

(47) 起草者自身は述べていない。

(48) 前掲注(1)九五丁裏(穂積陳重発言)。

(49) 梅・前掲注(2)二四九頁。

(50) 前掲注(1)九八丁表。

(51) 前掲注(1)一〇〇丁表。

(52) 前掲注(1)九八丁表以下(横田国臣、長谷川喬、穂積陳重発言)。

(53) 岡松・前掲注(3)二六二頁も真正なことを要している。

(54) 前掲注(1)九六丁表(穂積陳重発言)。盗品、拾得でもよいとしている。

(55) この時期の論文としては、清瀬一郎「独逸民法ニ於ケル受取証書」京都法学会雑誌三卷二号一四三頁(ドイツ民法における受取証書についての紹介)、松本烝治「民法第四百七十条ト第四百七十八条トノ関係」『私法論文集第一卷』(一九一六年、巖松堂書

店) 五三九頁(指図債権についての債務者の実質的調査義務に関して四七〇条と四八〇条との関係を論ずるもの)がある。

(56) 石坂・前掲注(7)一四一九頁、鳩山秀夫『日本債権法総論』(一九一六年、岩波書店)三四一頁。

(57) 大判昭和二年四月一二日民集六卷一五八頁。四八〇条ではなく、もっぱら表見代理の成否が問題となった。

(58) 田中和夫「判批」判例民事法昭和二年度二九事件一三四頁。

(59) 杉之原・前掲注(12)八号一三五七頁。

(60) 田島順＝柚木馨＝伊達秋雄＝近藤英吉『註釈日本民法債権編総則下巻』(一九三六年、巖松堂書店)六八頁、岡村・前掲注(16)志林四〇卷三号九頁。

(61) 末弘・前掲注(19)一六七頁。受取証書が偽造の場合は、九三条、表見代理、四八〇条が適用される場合に分かれるとする。

(62) それまでも、梅・前掲注(2)二四九頁、岡村・前掲注(16)など、四八〇条と四七八条との関係を論ずるものがみられたが、その意味するところは必ずしも明らかなものではなかった。

(63) 三宅・前掲注(39)一二頁、山崎・前掲注(39)九四頁、内池・前掲注(28)六六頁。

(64) 内池・前掲注(28)六三頁。なお、高橋教授は、代理についての独自の理解から四七八条と四八〇条を位置づけている。それによれば、四七八条と異なり、四八〇条は表見代理の一態様であるが、表見代理成立のためには本人に「意識的容認」があることが必要であり、四八〇条においても証書の任意の交付が必要で、窃取、盗用では四八〇条の適用はない(偽造の場合、表見代理が成立する余地はある)とする(高橋・前掲注(41)一七五頁)。

(65) 浜上・前掲注(33)一九五頁、沢井・前掲注(33)一二〇頁、田中・前掲注(32)一八頁、星野・前掲注(33)二四四頁。

(66) 浜上・前掲注(33)一九四頁、沢井・前掲注(33)一二〇頁、星野・前掲注(33)二四四頁(真正に限るとするが、偽造につき債権者に過失のある場合は弁済者を保護してよい〔四七八条によってではない〕とするので、同旨と考えてよいように思われる)。

なお下森・前掲注(38)二二一頁は、四七八条を一九二条の延長線上の制度、四八〇条を表見代理の延長線上の制度と位置づける。

また、田中実教授は、四八〇条を外観保護規定と位置づけつつ、表見代理よりもさらに徹底した保護を認めるべきであるとする。債務弁済行為は、日常取引界では大量的、機械的、事務的に行われているから、債権者の意思のごときものにはこだわるべきでなく、もっぱら弁済者のほうからみた外観を中心に考えるべきであるというのである(田中・前掲注(32)一八頁)。この考え方は、当時(昭和三四年)、四七八条に関して外観法理による位置づけが示されつつある状況の中で、四八〇条について同様の位置づけを試みたものといえるが、四七八条における議論は、その後、外観法理による

立場ほど、債権者の帰責性を要求する方向へと展開していることに注意しなければならないまい。

(67) 柚木・前掲注(30)『判例債権法総論』二五四頁、於保不二雄『債権総論』(一九五九年、有斐閣)三二五頁、石本雅男『債権法総論』(一九六一年、法律文化社)一九九頁、我妻・前掲注(30)二八二頁、林＝石田＝高木・前掲注(30)二四九頁。永田菊四郎『新民法要義第三卷』(一九六一年、帝国判例法規出版社)二六九頁は、偽造でもよいとする。小池隆一『債権法総論』(一九五四年、泉文堂)二七四頁は、偽造でもよいとするが、四七八条の位置づけは不明である。

(68) 我妻・前掲注(30)二八二頁、於保・前掲注(67)三二五頁、石本・前掲注(67)一九九頁、林＝石田＝高木・前掲注(30)二五〇頁。打田・前掲注(33)一〇九頁は、四七八条について外觀法理によるが、四八〇条では真正に限るとしている。また、高梨公之『債権法総論』(一九五六年、日本大学出版局)二六〇頁は、作成が不真正でも、作成された証書が真正なものと同一ならば、四八〇条にいう真正と解する。

これらに対しては、このような考え方を示すこと自体が、真正に限るとすることの無意味さを示すものであるとの批判(田中・前掲注(32)一八頁)のほか、表見代理も無権代理の一種であると解する立場からの反対もある(浜上・前掲注(29)一六八頁)。

2 現在の議論の状況

以下では、1でたどってきた表見的債権者と弁済をめぐる議論が現在どのような状況にあるかを、問題ごとに整理してみることにする。

2-1 債権の準占有者に対する弁済

四七八条をめぐる判例・学説上議論がなされているのは、①準占有者には詐称代理人を含むか、②弁済者に無過失を要求すべきか、③債権者の帰責性を要求すべきか、④債権消滅の効果は絶対的か、⑤郵便貯金法、銀行取引約款と四七八条の関係はどのようなものか、そして近年の新たな問題として、⑥弁済以外の場合に四七八条を類推適用すべきか、である。

これらにつき見解は錯綜しているが、理論的にみた場合には、四七八条と二〇五条の準占有を同一に理解するか否かで大きく分けることができる。この違いは、次の問題においてもっともよく反映されている。

一 詐称代理人

(1) 四七八条と二〇五条の準占有を同一に理解する立場 この立場は、起草者の考えでもあり、もっとも伝統的な考え方であるし、条文の用語上も整合的である。この立

場によれば、準占有者には「自己のためにする意思」が必要となるが、結論的には、本人と称するか代理人と称するかによって弁済者の保護を異にするのは妥当でないとして、詐称代理人も準占有者に含まれると解している。判例も、現在ではこの立場であるといえる(1)。説明の仕方においては二つに分かれている。すなわち、①占有に代理占有がある以上、準占有にも代理準占有があつてよいとするものと(2)、②自己のためにする意思をゆるやかに解し、債権者の代理人として債権を行使する意思ないしは自己の責任においてなす意思を含むとするものである(3)。

①に対しては、次のような批判がある。④二〇五条は準占有者保護の規定であるのに対し、四七八条は弁済者保護の規定であるから、両条の目的が異なる(4)。⑤物の侵奪の場合には代理占有が成立しない以上、本人と内部関係のない詐称代理人にも代理準占有は成立しない(5)。⑥たとえ代理準占有を認めるとしても、本人が準占有者であり、詐称代理人が準占有者となるわけではない(6)。

これらの批判のうち⑥に対しては、代理人に直接占有の成立することを主張しているのであるから、批判はあたらないとの指摘がある(7)。しかし、④、⑤の批判は、「自己のためにする意思」を厳格に要求する限り、避けられない批判である。このため、近年においては、多くは②のように説明して批判を回避しようとしている(8)。

(2) 四七八条と二〇五条を峻別し、四七八条を外観法理で理解する立場 この立場によれば、四七八条の準占有においては「自己のためにする意思」は必要なく、準占有者にあたるか否かは、もっぱら弁済者から見た外観で決すればよいのであり、この点からして、とくに詐称代理人を排除する理由はなくなる。ただし、広い意味での外観法理による点は共通であっても、その説明の仕方により次のようないくつかの見解に分かれている。①二〇五条が占有者保護の規定であるのに対し、四七八条は弁済者保護の規定であるとする見解(9)。②①の見解を進めて、四七八条は公信の原則ないし権利外観法理のあらわれであるとする見解(10)。③四七八条の準占有は、債権の処分についての事実的支配であり、準占有者となるためには、単なる外観ではなく、債権との事実的結び付きが弁済受領者に必要であり、それが一般的でなければならないとする見解(11)。④四七八条は、すでになされた取引行為に基づいて義務づけられた者の外観信頼の保護制度であるとする見解(12)。

これらの見解は、準占有者に詐称代理人を含めるという点においては異なるところがないが(13)、他の問題において微妙な違いを生じることになる。

(3) 準占有者を限定的にとらえ、詐称代理人は含まれないとする立場 この立場は、二〇五条と四七八条の関係については深く立ち入らず、四七八条を債権者たる地位ないし権利帰属面の外観保護の規定と位置づけ、詐称代理人には債権者たる地位の外観がないとして四七八条の適用を否定し、問題の解決はもっぱら表見代理によるべきであるとする(14)。この立場によれば、四七八条の母法であるフランス法でも詐称代理人は債権占有者に含まれておらず(15)、これを含めるならば、わが民法はフランス法よりもドイツ法よりも外観保護を徹底させたことになってしまうという(16)。

この立場に対しては、詐称代理人の場合には表見代理によるほかなくなるが、それでは代理人と称したがゆえに債権者の帰責事由を要求することになり、弁済者の保護にうすいとの批判がある(17)。しかし、前述の(2)②、③の立場によれば、四七八条でも債権者の帰責性を要求するので、これは、具体的にみた場合には、この立場のみが抱える問題点ではない(18)。この立場は、四七八条を限定的にとらえるが、それは表見的弁済受領権者に関して生じる問題において弁済者を保護する必要性が低いとしているわけではなく、四七八条とは異なる処理を主張するものであるから、もし問題とされる点があるとするならば、そのような処理方法それ自体であろう。

二 弁済者の無過失

四七八条では、規定上は弁済者に無過失が要求されていない（**注記** 平成一六年の現代語化に伴い、無過失が明文化された）。この点についての起草者の説明はない。判例は、当初これを要しないとしていたが(19)、戦後、必要と解するに至った(20)。学説上の議論は、一の三つの立場に即してみることができる。

(2)の立場は、外観法理に四七八条の根拠を求めるので、その論理的帰結として当然無過失を要求する(21)。具体的には、準占有者の範囲の拡大を免責要件でしぼることによりバランスがとられることになる。ただし、本来の典型的な準占有者の場合と詐称代理人のような場合とで免責要件に差をもうけない点で、他説に特徴的となる。それゆえ、後者の場合にはさらに注意義務を厳しくすべきであるとする見解(22)も示されている。

(3)の立場は、無過失を要求すべき理論的必然性がなく、むしろ、準占有者は限られた場合にしか認められないからこそ、弁済者は善意のみで足りると説くことになる(23)。

(1)の立場においても、必ずしも無過失を要求すべき論理的結び付きはない。このため、無過失は要求されないとする見解もあるが(24)、多くは、準占有者の範囲を拡大することとのバランスから免責要件を厳格化するという実際上の判断によって、無過失を要求している(25)。

三 債権者の帰責性

これは、比較的最近に提起された問題点である。すなわち、一における(2)②の立場では、四七八条は、外観法理の下で他の表見代理の制度などと統一的に理解されるべき制度であるから、債権者の帰責事由を問題にすべきであると主張する。(2)③の立場も、一九二条との比較および弁済が特定人間の債務関係の存在を前提としていることからして、帰責性を要求する。しかし、同じく外観法理に基礎を置きながら(2)④の立場は、四七八条はすでに義務づけられた者の保護の規定という点で他の外観法理に基づく制度から区別されるとし、帰責性を問題にしない。

これらに対し、(1)、(3)の立場においては、これを要するとする理論上の関連性はない。ただし、(1)の立場のように、具体的な妥当性をはかることを主眼とする議論をおし

進めるならば、問題とする余地は残るであろう(26)。

四 債権消滅の効果

この問題は、これまで取り上げてこなかったが、以前から論議されている問題である。四七八条が適用されると、弁済は有効となるので、債権者は、もはや債務者に弁済も損害賠償も請求できなくなり(27)、弁済受領者に不当利得の返還または不法行為による損害賠償を請求するよりなくなる(28)。この意味を債権が絶対的に消滅すると解するならば、弁済者が弁済の無効を主張して返還を請求しても、弁済受領者は、四七八条を援用してこれを拒否することができることになる。はたしてこれが妥当かという問題である。この問題は、これまでみてきた四七八条をめぐる三つの大きな立場とはほとんど関連なく議論されているといつてよい。

学説上この問題が取り上げられるようになったのは、詐称代理人につき四七八条の適用を否定した判決(29)をめぐってであった。この事案は、弁済者からの支払金返還請求事件であったが、判決では、詐称代理人には四七八条の適用がないとして、これを肯定した原判決が破毀差戻された。

これにつき、末川博士は、詐称代理人にも四七八条の適用を認めるべきとしつつ、四七八条の保護は弁済を有効ならしめることによって真の債権者に対する債務を消滅せしめるという方法で与えられているのだから、その保護を放棄することはできないと主張した(30)。

しかし、近藤博士は、四七八条は債務者の保護を唯一の立法理由とするのであるから、債務者自らが進んで弁済を無効となし、あらためて真の債権者に弁済をなすことは何等妨げないとして、反対の主張をした(31)。その後末川博もこれに従って改説した(32)。

この後においては、学説のほとんどが、弁済の効果は相対的であり、返還請求を認めてよいとしている(33)。このように相対的に解する理由のひとつとして、返還請求を否定された後になって、別の訴訟で真実の債権者から弁済の請求を受けた場合に、今度は準占有者への弁済でないとされる危険のあることが指摘されている(34)。

五 郵便貯金法、銀行取引約款上の免責規定と四七八条との関係

郵便貯金法二六条は、「この法律又はこの法律に基く省令に規定する手続を経て郵便貯金を払い渡したときは、正当の払渡をしたものとみなす。」と規定している(注記 現在廃止)。また、銀行取引上はこのような法律の規定はないが、約款で、たとえば普通預金の場合には「払戻請求書、諸届その他の書類に使用された印影を届出の印鑑と相当の注意をもって照合し、相違ないと認めて取扱いましたうえは、それらの書類につき偽造、変造その他の事故があってもそのために生じた損害については、当行は責任を負いません。」と定められている。

これらは、要するに所定の手続を経て払戻しをした場合には、郵便局、銀行には責任がないとの趣旨の規定であるので、四七八条との関係が問題となるが、これは一の問題につ

きどの立場に立つのかと関連している。

一における（３）の立場は、準占有者を限定的にとらえるが、その背景には、大量取引からする印、通帳の符合確認による支払いの要請は全然四七八条の問題ではないとの考え方がある(35)。そしてそれは、もっぱら郵便貯金法ないし約款の解釈の問題であり(36)、これらの規定は、四七八条とは排他的に併存するものということになる(37)。

これに対して、他の立場においては、これらの規定は、準占有の成立および無過失を判定する標準を示したのに止まり、郵便局、銀行は、手続を形式的に行っただけでは不足、過失がないことが必要であると解されている(38)。判例は、この点につき直接には言及していないが、これらを四七八条の特則と考えていると評価されており(39)、郵便局、銀行に無過失を要求している(40)。このような見解によれば、これらの規定は、四七八条以上に弁済者を免責するものではなく、効力の点からはあってもなくてもよいものということになるう。

六 弁済以外の場合への四七八条の類推適用

前述したように、今日四七八条をめぐる生じる紛争のほとんどは、銀行取引上の預金担保貸付における相殺をめぐるものである。

判例は、相殺について、定期預金の期限前の払戻しと実質的には同視できるとして、四七八条の類推適用を認めている(41)。この前提として、定期預金の期限前の払戻しが弁済といえるかは、期限前の払戻しが新たな合意による解約などを前提とするために問題がないわけではないが、判例は、弁済の具体的内容が契約成立時にすでに合意により確定されているとして、四七八条の適用を認めている(42)。

学説は、四七八条の類推適用に賛成する者(43)と反対する者に分かれている。反対説は多岐にわたるが、①九四条二項を類推適用する見解(44)、②表見代理の規定を類推適用する見解(45)、③四七八条と表見代理によるべきとする見解(46)、④九四条二項と表見代理によるべきとする見解(47)、⑤もっぱら免責約款によるべきとする見解(48)、⑥銀行が動産質権類似の担保権を取得するとみる見解(49)などがある。

問題を四七八条の側からみた場合には、四七八条の類推適用論は、四七八条の解釈と無縁ではなく、その拡大適用の傾向を反映して登場してきたものといえよう。しかし、法律解釈上は、「弁済」と同視しうるものは何かという新たな問題が提起されたことになり、当面はその具体的な範囲をめぐる論議がなされるとしても、その論議のゆくえによっては、そもそも四七八条をそのように拡大して利用していくことの意味が、民法全体との関わりの中で再び問題とされざるをえないであろう。

- (1) 最判昭和三七年八月二日民集一六卷九号一八〇九頁、最判昭和四一年一〇月四日民集二〇卷八号一五六五頁、最判昭和四二年一二月二日民集二一卷一〇号二六一三頁。

- (2) 穂積重遠「判批」判例民事法昭和一〇年度九七事件三八六頁、於保不二雄『債権総論』(一九五九年、有斐閣)三二四頁、永田菊四郎『新民法要義第三卷』(一九六一年、帝国判例法規出版社)二六七頁、石本雅男『債権法総論』(一九六一年、法律文化社)一九四頁。
- (3) 1注(30)。
- (4) 1注(11)(12)(16)(33)(38)。
- (5) 1注(28)。
- (6) 1注(29)。
- (7) 沢井裕『注釈民法(12)』(一九七〇年、有斐閣)八五頁。
- (8) その他の見解として、1注(28)の内池説がある。
- (9) 1注(16)(32)。
- (10) 1注(12)(33)。ただし、浜上説を除く。
- (11) 浜上則雄「表見受領権者への弁済」『新民法演習Ⅲ』(一九六八年、有斐閣)一六二頁、同「弁済受領権限のない者への弁済」奥田昌道他編『民法学』(一九七六年、有斐閣)一八五頁。
- (12) 1注(38)。
- (13) 準占有者の範囲は、②よりは③、④のほうが狭く解することになると思われる。④では、詐称代理人は、純理論的には準占有者といえないが、弁済が義務づけられた行為である限りにおいて、一般の表見代理でなく四七八条を類推適用することが許されるとする。また③では、債権者と全く無関係に印章、通帳を偽造した者は、準占有者に含まれない(ただし、②に立って債権者の帰責性を要求すれば、具体的にはさほどの差異は生じないように思われる)。
- (14) 1注(17)(25)(26)(39)。
- (15) 新関輝夫「フランス民法における債権占有」名法四一号一二〇頁。フランス民法では、債権占有といい、準占有はわが法とは異なる概念のようである(同・九三頁)。
- (16) 三宅正男「判批」判例民事法昭和一六年度六〇事件二六七頁、来栖三郎「債権の準占有と免責証券」民商三三卷四号四八二頁。
- (17) 下森定「債権の準占有者に対する弁済」『新版・民法演習』(一九七九年、有斐閣)二二一頁。具体的には、盗難の場合には弁済者の保護が否定される。もっともこの点について、(3)の立場は否定してよいというのである。なお、林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論(改訂版)』(一九七八年、青林書院新社)二四七頁は、表見代理成立には本人の意識的関与が必要であるとし、この点から(3)の立場に賛成しえないとする。
- (18) 下森・前掲注(17)二二三頁以下も、詐称代理人に四七八条を類推適用する場合には、適用の場合よりも免責要件が厳しくなるとしており、また、偽造の場合の多くはそもそも準占有者といえないとして処理できるとしている。

- (19) 大判大正五年五月一五日民録二二輯九五三頁。
- (20) 最判昭和三七八年八月二一日前掲注(1)。
- (21) 1注(12)(33)。
- (22) 遠藤誠「代理人資格冒用と債権の準占有者に対する弁済」司法研修所報二〇号六九頁、下森・前掲注(17)二二三頁。
- (23) ただし、高橋三知雄「債権の準占有者への弁済」『演習民法（債権）』（一九七二年、青林書院新社）一七〇頁は反対（1注(41)参照）。
- (24) 石本・前掲注(2)一九七頁は、過失あるときは準占有といえないとする。しかし、これについては、もし準占有者の判断について問題にするとすればそれは過失ではなく「善意」であろうが、それが法文上準占有者とは別に述べられている以上、「善意」を含めては考えられない、との批判がある（沢井・前掲注(7)九三頁）。また、内池説も無過失を要しないとするが、この見解は実質的には（3）の立場に近いことはすでに述べた。
- (25) 四七八条の善意の中には無過失が含まれているとの見解が古くはあった（1注(19)および、小池隆一『債権法総論』（一九五四年、泉文堂）二七三頁）。しかし今日では、善意とは別に無過失を論じるのが一般的である。
- (26) 加藤雅信「債権の準占有者に対する弁済について」法学教室〈第Ⅱ期〉一二九頁は、四七八条は即時取得、表見代理と比較した場合、静的安全に関係する要因を十分顧慮しておらず他とのバランスを失するといえとし、帰責の要因もけっして簡単に無視しうるものではないとする。
- (27) 大判昭和一六年六月一七日新聞四七一一号二三頁。
- (28) 大判大正七年一二月七日民録二四輯二三一〇頁。
- (29) 大判昭和一〇年八月八日民集一四卷一五四一頁。判例は、すでに前掲注(28)の判決で、債権消滅の効果を絶対的なものと解していた。
- (30) 末川博「判批」民商三卷三号五一頁。
- (31) 近藤英吉「判批」論叢三四卷二号三五頁。
- (32) 末川博「判批」民商七卷四号七三五頁。
- (33) 四宮和夫「判批」判例民事法昭和一五年度五一事件二〇八頁、我妻栄『新訂債権総論』（一九六四年、岩波書店）二八一頁、加藤・前掲注(26)一二九頁、清水暁「債権の準占有」『判例と学説民法Ⅱ』（一九七七年、日本評論社）一〇三頁、星野英一『民法概論Ⅲ』（一九七八年、良書普及会）二四三頁。返還請求を否定するものとして、柚木馨『判例債権法総論』（一九五一年、有斐閣）二五三頁、於保・前掲注(2)三二五頁。
- (34) 我妻・前掲注(33)二八一頁、星野・前掲注(33)二四三頁。
- (35) 1注(25)。
- (36) 1注(39)。
- (37) 有泉亨「判批」民商一五卷一号七七頁、伊藤正己「判批」判例民事法昭和一八年度

四七事件二〇五頁。

- (38) 末川博「判批」民商一九卷六号四五〇頁、我妻・前掲注(33)二七九頁、清水・前掲注(33)一〇五頁、下森・前掲注(17)二二五頁、林＝石田＝高木・前掲注(17)二四二頁。弁済の直接手続以外の点については無重過失でよいとする見解もある（伊藤・前掲注(37)二〇三頁）。なお、浜上・前掲注(11)『民法学』一九〇頁は、これらの規定を四七八条の特則とみつつ、偽造の通帳と印章の所持人は準占有者に含まれないとするので、偽造につき責任を負わないとする免責条項は無効と解する。
- (39) 沢井・前掲注(7)九九頁、清水・前掲注(33)一〇五頁。
- (40) 郵便貯金につき、大判昭和十一年二月二七日民集一五卷二四九頁、大判昭和十六年六月二〇日民集二〇卷九二一頁、大判昭和十八年八月二〇日民集二二卷七七七頁。銀行預金につき、最判昭和四二年四月一五日金法四七七号三三頁。
- (41) 1注(43)。
- (42) 最判昭和四一年一〇月四日前掲注(1)。
- (43) 1注(44)。
- (44) 高島平蔵「判批」判例評論一八〇号（判例時報七二四号）一三二頁。
- (45) 吉原省三「預金者の認定と表見預金者と取引した銀行の保護」金法六九〇号二四頁。
- (46) 林＝石田＝高木・前掲注(17)二四六頁。
- (47) 平井宜雄「弁済以外の行為に対する民法四七八条の類推適用」『民法の判例〈第三版〉』（一九七九年、有斐閣）一四三頁。
- (48) 川村正幸「記名式定期預金者の認定と貸付金債権による相殺に対する民法四七八条の類推適用」金判六八六号五四頁。
- (49) 第二章第二節 1－3。

2－2 受取証書の持参人に対する弁済

四八〇条については、受取証書が真正であることを要するか否かで争いがある。

一 真正の受取証書に限るとする見解

この見解も四七八条の理解の仕方に応じて二つに分かれている。まず、①四七八条を限定的にとらえる立場は、四八〇条を、弁済受領権限に対する信頼保護の規定であるとしつつ、四七八条同様限定的に理解する(50)。具体的には、偽造のものを含めると債権者に不可抗力の場合にまで危険を負担させる結果となると主張する(51)。②四七八条につき限定的な解釈をしない立場は、真正のものに限ることを理論的には導きえないが、真の債権者の静的安全と調和させるために真正なものに限ると説明する(52)。もっとも、この見解においては、①真正という意味は、受取証書を作成する権限のある者が作成したという意味であるから、弁済を受領する権限のある者が代理人として作成したものも真正の受取証書であり、

⑥受領権限がなくても、表見代理の適用があるような関係にある者が作成した受取証書は真正なものとみなされる(53)。また、受取証書が偽造であっても、他の事情と総合して債権の準占有者と認められれば、四七八条が適用される(54)。

二 偽造の受取証書も含まれるとする見解

この見解は、四七八条、四八〇条を外観法理によって統一的にとらえる立場に結び付いている(55)。取引の安全をよりはかろうとの趣旨である。この立場からは、偽造か否かは法律上の推定の前提事実にはすぎないとの主張や、債権者に帰責性を要求すべきであるとの主張がなされている(56)。

一、二の見解のうちいずれをとるかは、四七八条の理解に関わるが、具体的にはほとんど差異がないものと思われる。

(50) 1注(63)。

(51) 1注(64)。

(52) 1注(67)。

(53) 1注(68)。

(54) 柚木・前掲注(33)二五五頁、於保・前掲注(2)三二五頁、我妻・前掲注(33)二八二頁。

(55) 1注(65)。

(56) 1注(66)。

3 今後の問題

表見的債権者と弁済の問題は、具体的には、その多くが郵便貯金、銀行預金をめぐって議論されてきた。四七〇条、四七一条および四八〇条が問題となるのは、さほど一般的ではないので、理論的にも、表見的債権者と弁済をめぐる議論は、四七八条に集中している。

四七八条に関しては、三つの大きな議論の流れがあり、それは単に四七八条一カ条の理解にとどまらない問題を内包しているといえるが、これらの決着をみないままに、四七八条の適用範囲の拡大を多数が支持し、判例もその方向で定着しつつある。そして現在では、このような拡大傾向を前提とした新たな問題が議論されるに至っている。

しかし、ここで四七八条本来の意義をふり返るならば、四七八条が対象とするのは主として指名債権なのであり、債権者と債務者とが互いの存在をよく知っているはずの債権であることに注意しなければならないであろう。このような債権関係において、弁済をなすべき債権者が誰であるのかわからないといった事態は、異常なできごとのはずである。ところが、四七八条が今日問題となるのは、この本来の指名債権関係においては通常予想されない事態なのであり、それは、もっぱら指名債権をめぐる大量取引（預金取引）の増大に起因するものにほかならない。

この大量取引が生み出した問題について、民法の予想していない問題として四七八条と切り離して考える方向と、民法がこれらの問題に対処すべくその内容を変じていくべきとする方向とがある。前者の場合には、民法から切り離された問題について、どのように新たな解釈を行っていくのか、その基準は何なのかが根本的に問い直されなければならないであろう。ひいては、取引約款と民法との関係についての一步進んだ議論を展開してゆく必要があろう。また、後者が今日では四七八条に関する多数の立場となっているが、この場合には、四七八条をめぐる要件・効果の議論は、常に金融取引との関連を意識してなされなければならないであろう。具体的には、四七八条の掲げている紛争解決のための基準（善意・無過失など）が当該紛争の解決にとって合理的なものであるのかが検討される必要があろう。この意味で、今日四七八条をめぐる最も議論のある預金担保貸付と相殺の問題も、この観点からの議論が展開される必要があるように思われる。しかし、このような立場をおし進めるならば、それは、民法が制定当時描いていた制度の体系そのものを変質させることにつながるものであり、そのことの妥当性が民法の基本理念との関連で検討されなければならないであろう。

結局、四七八条をめぐる議論においていかなる立場をとろうとも、究極的には、取引約款のような現代的な問題に直面した民法の、基本原理そのものの問い直しが迫られているといえるのではなかろうか。

第二節 民法四七八条の類推適用

1 預金者の認定と銀行の免責

1-1 序

預金について、金銭の出捐者と預入行為者または預金名義人とが異なる場合、誰が預金者であるかという問題がある。具体的には、銀行が預入行為者または預金名義人に払戻しをした場合や、これらの者に対する貸付債権との間で相殺をした場合に、出捐者が自己の預金であると主張して預金の支払いを請求する、といった形で問題になる。このような場合、銀行は支払いを拒絶できるのであろうか。

この問題については、周知のように、学説上、客観説、主観説、折衷説の三つの考え方があるとされてきた。客観説とは、自らの出捐によって、自らの預金とする意思で、自らまたは使者、代理人を通じて預金契約をした者が預金者であるとする説である(1)。この説によれば、預入行為者が出捐者の金銭を横領し、自らの預金として預け入れた場合や、出捐者が他人に預金を取得させる目的で預金をした場合のように、特別の事情が存しない限り、出捐者が預金者となる。主観説とは、預入行為者を預金者とする説である(2)。この説によれば、預入行為者がとくに他人の預金である旨を明らかにしていない限り、預入行為

者が預金者となる。折衷説とは、客観説を原則としながら、預入行為者が自己の預金である旨を（明示または黙示で）表示した場合には、預入行為者を預金者とする説である(3)。この説によれば、主観説とは逆に、預入行為者が特段の表示をした場合にのみ、預入行為者が預金者となる。

以上のような考え方のいずれをとるかについて、学説は分かれており(4)、下級審の判例も一致をみしていないといわれている(5)。しかし、最高裁は、まず無記名式定期預金について、客観説をとることを明らかにし（最判昭和三二年一二月一九日民集一一巻一三号二二七八頁、最判昭和三五年三月八日金法二四四号四頁、最判昭和四〇年一〇月二二日金法四二七号六頁、最判昭和四〇年一二月一〇日金法四三三号九頁、最判昭和四八年三月二七日民集二七巻二号三七六頁）、その後、記名式定期預金についても、客観説をとることを明らかにしている（最判昭和五三年二月二八日金法八五五号二七頁、最判昭和五三年五月一日金法八六一号三三頁、最判昭和五七年三月三〇日金法九九二号三八頁、最判昭和五七年四月二日金法九九五号六七頁）。

このように預金者の認定について客観説の立場に立つと、預入行為者または預金名義人を預金者であると信じて預金の払戻しに応じたり、貸金との間で相殺をした銀行の保護をどのようにしてはかるかが問題となる。客観説をとる学説も、この点でいくつかの見解に分かれるが(6)、最高裁は、民法四七八条の債権の準占有者に対する弁済の規定を利用している。しかし同条は、弁済に関する規定であるため、預金の払戻し以外の場合については、そのまま適用することができない。そこで最高裁は、預金を担保として貸付をした場合に、貸付債権と預金との間で相殺をすることは、実質的にみれば払戻しと同視することができるとして、同条を類推適用することにより問題の解決をはかっている(7)。また、四七八条では、債務者が弁済時において善意無過失であることが必要である。しかし最高裁は、預金担保貸付で相殺がなされた場合について、銀行の善意無過失は、相殺時ではなく、預金時および貸付時に存すれば足りるとした原審判決をそのまま支持している(8)（前掲、最判昭和五七年四月二日）。

客観説の基礎には、預金契約は、窓口における大量取引であり、いちいち預金者が誰であるかを確認して行なっているものではないので、預金契約締結の際における誰が預金者かということについての銀行の信頼は、保護に値しないという認識があるといわれている。したがって、このような考え方に対する銀行サイドからの反発は、最高裁の立場が確定したとみられる現在においても、根強いものがある。とくに、記名式預金については、最高裁の立場が相次いで表明されるに至って、それがいかに銀行取引における通常の取引感覚に適合しないものであるかを指摘するものがいくつか現われている(9)。しかし、これらの批判は、個々の事案で最高裁の導く具体的な紛争解決の結論自体に対するものではないように思われる。というのは、最高裁のとり、客観説に立って民法四七八条を用いるという考え方においては、預金者の認定について客観説をとっても、それだけで事案が解決されるわけではなく、それはむしろ民法四七八条へ問題を持ち込むための一応の前提となるに

すぎないからである。すなわち、最高裁は、預金契約締結の際の銀行の信頼はとるに足らないとの認識を基礎にもつ客観説をとりながらも、実際には、民法四七八条の適用、類推適用領域を拡大し、預金者の認定をめぐる問題を銀行の善意無過失の判断とすることによって包括的に一挙に解決し、それによって出捐者の利益と銀行の利益との調整をはかろうという点にこそ力点を置いているように思われる。民法四七八条の適用領域を拡大していくことは、銀行の保護される領域の拡大を意味するし、銀行に善意無過失が要求されるといっても、その基準時などの点で配慮がなされうるとするならば、銀行にとって、具体的にはさほど不都合はないということになるのである。

以上のような最高裁の考え方に対しては、民法四七八条を拡大して解釈しすぎるものであるという、理論面からの批判がある(10)。確かに、沿革上、同条の趣旨が、善意の債務者に二重に弁済させないことにあるという点からすれば(11)、相殺に適用できるかは問題である（とくに今日、相殺が簡易な弁済としての機能よりも、担保的機能を果たしている現状ではなおさら問題である）。また、善意無過失の基準時について、預金担保貸付の場合には相殺時ではなく、預金時および貸付時でよいとする点についても、実質的にはともかく、法律形式的には、貸付と弁済が異なるものであるという問題があろう。四七八条が、権利者としての外観を信頼した者のすべての取引行為を保護するような広汎な規定とまでいえないことは、真の債権者の帰責性を問わず債務者を保護するという、わが民法上まれな絶対的保護を認める規定であることから、うかがい知ることができよう。

しかし、最高裁の処理の仕方をその理論的難点からだけ批判するのは、効果的でないように思われる。というのは、前述したように、最高裁は、客観説に立つて民法四七八条を用いるという構成をとるにあたり、客観説は民法四七八条を持ち出すための一応の前提であり、民法四七八条は善意無過失の判断をとおすことによって問題を解決するための一種の借用と考えているのではないかと思われるからである(12)。したがって、最高裁の処理の仕方に対する疑問は、善意無過失という基準のみで、果たして紛争の実体を反映した、より適合的な解決を導くのに十分であるのか、という形で提示するのが妥当であると思われる。すなわち、最高裁は、何故民法四七八条の適用領域を拡大してまで銀行の保護を考えようとしているのであろうか。何故善意無過失の基準時について、預金担保貸付の場合には、相殺の時ではなく預金時および貸付時で足りるとしているのであろうか。これらの実質的な理由は何なのであろうか。そしてそもそも、この善意無過失という要件を充たさない限り、いかなる場合にも銀行には保護を与えないということになるのであろうか。

これらの疑問を解決するためには、預金者の認定と銀行の免責という問題が、何故生ずるのかということを明らかにする必要があるように思われる。それには、出捐者と預金名義人または預入行為者および銀行の相互の関係がどのようなものであるのかを整理する必要がある。そこで、以下では、出捐者と預金名義人または預入行為者との間の事情に応じて従来の判例を整理し、あわせて、預金名義人または預入行為者との関係で銀行がいかなる利害関係を有しているのかを検討することにする。

1－2 協力預金ケース

預金者の認定と銀行の免責に関する従来の判例を、出捐者と預入行為者または預金名義人との関係、すなわち、どのような事情の下で預金がなされるに至ったかに応じて整理すると、次のようなケースに分けることができる。協力預金ケース、預入依頼ケース、名義隠匿（非依頼）ケース、贈与ケースである。これらのそれぞれの意味については、後の検討の場面に譲るが、事例数として最も多いのは、協力預金ケースである。

これは次のような事例である。Bは銀行Cから融資を受けるため、Aに預金を依頼した。Aはこれに応じて金銭を出捐し、B名義の預金またはBが預入行為をするなど、Bが預金者とみられるような形で預金がなされた。銀行Cはこの預金を見返りとしてBに融資をした。後になって、AはCに対し自らが預金者であると主張して預金の支払いを請求するが、CはBの預金であると主張して支払いを拒んでいる。

A B間には、出捐の見返りとして銀行の利息とは別に、BがAに裏利息ないし謝礼金を支払う旨の約束がある場合、そのような約束はないが、Bが融資を受けるにあたっての協力であることをAが了解している場合、そこまで了解はしていないが、信用確保などの点でBの協力になることをAが認識している場合などがある。預金名義については、A名義、B名義、架空名義、無記名、第三者名義がある。預入行為は、Aが行っている場合、Bが行っている場合、同行者がいる場合などがある。CがBに融資するにあたっては、預金に質権の設定を受けて正式に担保にとっている場合と、単なる見合いとして（原則として銀行取引約定書の差入はあるから、相殺予約をしていることになる）融資している場合とがある。Aの支払請求に対してCは、預金者はBであると主張しているが、より詳しくみると、CがBに対する貸金と預金とで相殺をしてしまっている場合、相殺をする以前にAからの請求がなされた場合でCが預金の支払いを拒絶している場合、CがBに預金の払戻しをしてしまっている場合がある。これらを整理したのが次の表である。

略 語 表

A	出捐者
B	銀行が預金者と考えた者
C	銀行（その他の金融機関を含む）
三	第三者
架	架空名義
無	無記名
（ ）	預入同行者
A→C	Aが銀行に対して支払請求（国税滞納処分も含む）
相	相殺済の抗弁

払 支払済の抗弁
 拒 支払拒絶
 四七八〇 民法四七八条の類推適用を認めた
 四七八× 〃 認めなかった
 七一五〇 民法七一五条の適用を認めた
 七一五× 〃 認めなかった
 〇 銀行勝訴
 × 銀行敗訴

同一事件については、上級審判決を最初にあげ、次にカッコで下級審判決をあげた。

表一

番号	判決年月日	登載判例集	名義	預入	その後の事情	請求	抗弁	認定	銀行の 勝敗
1	東京地 30・4・16	判時 57・13	架	A	B が B 名義に変更	A→C	相	A 四七八×	×
2	東京地 33・2・10	判時 144・26	三	B・三	導入と見せかけた詐欺	B 相手に差押転付を得て A→C	払	B	×
3	東京高 33・5・26	金法 177・5	無	B	預り証が A に交付されている	A→C (証書返還)		B	〇
4	大阪高 34・1・30	下民集 10・1・201	無	B(A)		A→C	相	B	〇
5	東京高 34・4・13	金法 206・8	B	A	A が払戻し	B の債権者→A (詐欺行為取消)		B	
6	最 35・3・8	金法 244・4	無	B	B の印で預入	A→C	相	差戻	×
7	(東京高 30・10・28)	高民集 8・9・619	〃	〃	〃	〃	〃	B	〇
8	(差戻審東京高 36・11・14)	金法 296・6	〃	〃	〃	〃	〃	A 四七八×	×
9	大阪地 35・8・16	金法 254・4	無	B		A→C	相	A	×
10	福岡高 36・12・5	金法 296・4	A	B・三		A→C	払	A	×
11	東京高 37・3・7	金法 305・14	無	B		A→C	相	B	〇
12	(東京地 34・1・31)	金法 203・5	〃	〃		〃	〃	B	〇
13	東京高 37・5・31	金法 312・8	B	A		B の転付債権者→C	拒	A	〇
14	大阪高 38・3・18	金法 353・8	A	A・B	導入とみせかけた詐欺	A→C	払	A	×

15	(大阪地 35・9・6)	金法 255・4	〃	〃	〃	〃	〃	A	×
16	東京地 38・10・22	金法 359・5	架	三		A→C	相	A	×
17	大阪高 40・8・9	金法 422・7	架	A(B)	導入とみせかけ た詐欺	A→C	払	A四七八×	×
18	(大阪地 35・1・28)	金法 254・8	〃	〃	〃	〃	〃	A四七八〇	○
19	大阪地 40・9・24	判時 444・84	B	B	Bが解約・当座へ 振替	A→C	相	B	○
20	最 40・10・22	金法 427・6	B	B		A→C	相	A	×
21	(福岡高 38・2・27)	金法 344・4	〃	〃		〃	〃	A	×
22	(佐賀地 32・4・23)	判時 129・32	〃	〃		〃	〃	B	○
23	最 40・12・10	金法 433・9	無	A(B)		A→C	拒	A	×
24	大阪高 42・3・16	金法 473・32	架	A(B)		A→C	拒	A	×
25	京都地 42・12・21	金法 499・31	A	B		三→C	拒	AまたはB	○
26	東京高 44・3・11	金法 544・28	B	B		A→C(確 認)		B	○
27	大阪地 44・3・20	金法 544・27	架	A		A→C	拒	Aではない	○
28	東京地 44・10・23	金法 568・17	B	A	Bの申出で振替	A→C	相	A四七八〇	○
29	東京高 45・3・10	金法 585・34	A使用人	A使用 人・B	導入とみせかけ た詐欺	A→C	払	A四七八×	×
30	大阪高 45・5・28	金法 586・40	B	B		A→C	拒	B	○
31	大阪高 46・6・24	金法 622・29	架	B		A→C	相	A	×
32	大阪高 46・6・29	金法 623・29	Bの内妻	A・Bの 内妻		A→C	相	BまたはAの 内妻	○
33	大阪高 46・8・17	金法 630・30	架	A		A→C	拒	A	×
34	東京地 46・10・11	判時 658・54	Aの内妻	A(B)		A→C	相	A四七八×	×
35	大阪高 46・11・18	判時 662・53	架	A		A→C	拒	A	×
36	東京高 47・1・31	金判 317・7	B	A(B)	担保受領書がA に交付された	A→C	拒	B	○
37	東京地 47・2・14	金法 651・28	架	A(B)		A→C	拒	認定できない	○
38	大阪高 47・2・28	金法 652・39	A	B		A→C(確 認)		A	×
39	東京地 47・6・26	金法 674・35	三	A		三→C	拒	A	○
40	大阪高 47・6・30	金法 658・31	無	A		A→C	拒	A	×
41	大阪高 47・11・9	判時 692・27	無・架	A		A→C	拒	A(2分の1の 限度で)	×

42	(大阪地 46・3・11)	判時 641・98	〃	〃		〃	〃	A	×
43	最 48・3・27	民集 27・2・376	無	A	B が B 名義に変更	A→C	相	A 四七八〇 差戻	○
44	(東京高 41・5・4)	金法 444・7	〃	〃	〃	〃	〃	B	○
45	(東京地 38・1・31)	金法 335・5	〃	〃	〃	〃	〃	A 四七八×	×
46	宮崎地 48・5・28	金判 371・8	架	A		A→C	拒	A	×
47	福岡高 49・2・28	金法 714・42	架	A	B に証書再発行	A→C	相	A 四七八×	×
48	最 49・3・1	民集 28・2・135	A	A		A→C	拒	A	×
49	(大阪高 44・6・28)	金法 555・30	〃	〃		〃	〃	A	×
50	(大阪地 43・9・25)	金法 523・34	〃	〃		〃	〃	A	×
51	東京地 49・5・29	金法 731・31	B	B		A→C	拒	B	○
52	東京地 49・11・27	金法 759・29	架	B		A→C	相	B	○
53	大阪高 50・12・19	金法 779・32	無	A・三	B に証書再発行	A→C	拒	A 四七八×	×
54	大阪高 51・6・23	判時 832・59	架	B	金銭は B が着服、 預金は B のを振 替えただけ	A→C	相	B	○
55	東京高 51・9・22	判時 839・74	B	A(B)		A→C	相	B	○
56	大阪地 52・4・25	下民集 28・1~4・434	架	A		A→C	拒	A	×
57	名古屋高 52・8・31	金法 874・30	架	B		A→C	相	A 四七八×	×
58	最 53・2・28	金法 855・27	A・架	B		A→C (確 認)		A	×
59	最 53・5・1	金法 861・33	架	B	B に証書再発行	A→C	相	A 四七八×	×
60	大阪高 54・4・27	金法 904・43	架	A		A→C	拒	A	×
61	東京高 54・12・11	金法 932・34	無	三		A→C	相	B 七一五〇	×
62	大阪高 55・4・7	金法 936・43	B	A(B)	B の申出で解約 相殺	A→C	相	B	○
63	最 57・3・30	金法 992・38	架	B	質権設定、しかし 証書返還	A→C	相	A 差戻	×
64	(大阪高 54・8・15)	金法 917・37	〃	〃	〃	〃	〃	B	○
65	(差戻審大阪高 57・ 11・24)	金判 667・3	〃	〃	〃	〃	〃	A	×
66	最 57・4・2	金法 995・67	B	B(A)		A→C	相	A 四七八〇	○
67	(大阪高 56・5・29)	金法 973・42	〃	〃		〃	〃	A 四七八〇	○
68	(大阪地 54・6・25)	金判 625・31	〃	〃		〃	〃	A 四七八〇	○

預金者の認定と銀行の免責に関する判例として抽出できたのは、(同一事件についても審級ごとに一件として) 全体で一六件あった。協力預金ケースは、この中で最も多く、六八件あり、六割近くを占めている。したがって、このケースについての検討は、問題解決のためにきわめて重要なウエイトをもつものと思われる。六八件のうち、A(出捐者)を預金者と認定したものが四三件、B(銀行が預金者と考えた者)としたものが二一件、その他が四件である。最高裁は、一貫してAを預金者としているが、下級審では、最近の事例でもBを預金者としているものがいくつかあり、客観説が必ずしも浸透しているとはいえない。訴訟の結果については、銀行勝訴が二九件、敗訴が三八件、勝訴敗訴に関わりないものが一件である。敗訴のほとんどの場合が、預金者はAであると認定された場合で、銀行が民法四七八条の主張をしていないか、または主張したが過失ありとされた場合である。勝訴のほとんどの場合は、Bが預金者と認定された場合であり、民法四七八条によるものは六件にすぎない。以上からみて、このケースの場合には、いちがいに、預金者が誰と認定される傾向が強いとか、銀行にとって有利ないし不利な結果となっているとかいうことがいえない状況にある。とくに注目すべきは、最高裁が客観説に立って民法四七八条を用いることによって、出捐者と銀行との利害の調整をはかるとしているにもかかわらず、実際の裁判例では、銀行が民法四七八条の主張をしないまま敗訴に迫いやられている例が非常に多いことである。これは、預入後預金証書を返還してしまったなど民法四七八条の主張が認められる見込みが少ないと判断される場合があるほか、次のような事情にもよるように思われる。すなわち、銀行はBを預金者と考え、預金を見合いにBに貸付をなしたが、その貸付金の弁済期が未到来の間に、Aが銀行に対し預金の支払いを請求してくることがある。この場合、Bについて期限の利益喪失事由が生じたと解することは困難であり、銀行は、Bとの間での相殺を主張してAと争うことができないので、ただ、預金者はBであるという主張をくり返すよりないのである。そして、預金者の認定について客観説による限り、銀行は必然的に敗訴するのである。このことからみて、客観説に立って民法四七八条を用いるという解決は、相殺がなされてはじめて利害調整の機能を果たしうるものであり、相殺がなされていない場合には、一方的に出捐者に有利なものとなっていることができよう。これは、利害調整に民法四七八条を利用することから生ずる当然の結果である。すなわち、民法四七八条による限り、たとえその適用領域を拡大し、善意無過失の基準時をくり上げたとしても、弁済と同視できる範囲内でのみ銀行の保護が認められるにすぎない。したがって、「弁済」と同視できる状態がまだない限り、たとえ預金を見合いに貸付をしていたとしても、「二重払いの危険」がない以上、その段階で銀行を保護する必要はないということになってしまうのである(注記 ただし、その後の判例の展開過程について、本節2以下、とくに4参照)。しかし、この協力預金のケースでは、預金者をBとして貸付をした銀行の利益と出捐者の利益の調整が問題なのであり、銀行がすでに相殺をしてしまったか否かによって調整の基準を変える結果となるのは、合理的ではないように思われる。

それでは、いまだ銀行が相殺をしていない場合をも含めて問題の妥当な解決をはかろうとするならば、この問題をどのように法律構成すべきであろうか。それにはまず、このケースの特徴、すなわち、甲が乙銀行へ行行って自分の預金をしたという通常の預金の場合に比べて、どのような点が異なっているかを明らかにする必要がある。協力預金ケースの特徴は、次の点である。第一に、通常の預金契約では、預金者が誰であるかということは、契約締結時において銀行の関心事ではない。これに対し、このケースでは、融資の見合いとなる預金であるから、銀行は預金者が誰であるかについて、重大な利害関係を有している。このように、同じ預金といっても、その実際の意味は非常に異なっており、このケースでは、担保という側面が強いのである。銀行が預金者が誰であるかについて関心を抱くのも、見返り担保としての有効性を確保するという意味においてなのであり、預金者の認定それ自体が問題なわけではない。すなわち、銀行にとっては、見返り担保が有効であるか否かが重要なのである。第二に、一方預入側においても、通常の場合に比べて、A、Bという二人の者が存在しているという特徴がある。そして、このケースではとくに、AがBのために協力をするという了解があるという点で、後述の他のケースと異なっている。したがって、問題は、このケースでは、第一の特徴に対して第二の特徴がどのような影響を与えるか、すなわち、見返り担保は、AがBに協力するという事情の下で、ABに対して有効なものかどうか、というようにとらえることができる。

このように問題をとらえた場合、AB間の協力関係は、このケースの解決にとって決定的な事由であるように思われる。というのは、AがBに対し、自己の出捐する金銭がBに対する融資の見返り担保とされることについてまでも了解をしていたとするならば、その法律構成はともかく、見返り担保を有効とすることが合理的であるからである。そこで、AB間の協力関係とはどのようなものであるかが問題となる。裁判例をみると、それには次のような場合があるように思われる。①Bが銀行から融資を受けることをAが了解している場合。これはさらに、(a) 預金が見返り担保とされることを了解している場合、(b) 預金Bが協力する形でなされることには承諾しているが、預金が担保とされることのないように、処置を講じている場合に分かれる。また、特殊な場合として、(c) AB間の協力関係に違反し、Bが預金の払戻しを受けてしまった場合がある。②Bが銀行から融資を受けることをAが了解していない場合。これは、Bが融資を受ける以外の目的で協力預金の申し入れをし、Aがこれを承諾した場合である。

①(a)の場合には、積極的に担保とすることを了解したということの表明は必要ないといえる。Bが融資を受けるということは、銀行取引約定書を差入れるということを通常伴うのであり、このことは一般に周知のことからである。そして、銀行取引約定書には相殺予約の条項があることもまた、よく知られているところである。たとえ、このことを知らず、または知っていても架空名義などB名義の預金ではないから直接に相殺予約の対象にならないと考えていた場合があるとしても、融資を受けるために協力預金を依頼されている以上、銀行がこの預金を何らかの引き当てにするであろうということは、当然予想で

きることである。したがって、Bが銀行から融資を受けるつもりであるということを知っている限り、法的には、預金が見返り担保とされることを了解しているということができるように思われる。①（b）の場合には、預金が見返り担保とされないこと、処置が講じられている。具体的には、預金証書、印鑑をAにおいて保管したり、預金を担保に差入れることのないようBに告げていた場合がこれにあたる。しかし、このような処置を講じても、それは、Bによって預金が見返り担保に差入れることがないというにすぎず、融資に伴い自動的に相殺予約がなされることを妨げることはできない。したがってこの場合も、結局①（a）の場合と同様に、Bが銀行から融資を受けるつもりであるということを知っている限り、正式担保とされないための処置を講じていても、考慮に値せず、預金が見返り担保とされることを予想し、承諾しているということができるように思われる。また、融資を受けることをAが承諾していたかに関して、Bが銀行に当座を開設するに際して、または当座継続中に銀行から預金を要求され、Aがこれに応じて出捐した場合をどのように考えるかが問題となる。前掲の表の【1】【5】【19】【20】【21】【22】【26】【31】【37】【38】【43】【44】【45】がこれにあたる。確かに、この場合は、融資の場合とは異なり、見返り担保として預金が見返り担保とされているわけではないであろう。引き当てとなるのは、当座預金そのものだからである。ここでは、Bの信用の確認および預金拡大のために預金が見返り担保とされているともいえよう。しかしまた、この預金は、当座預金が不足した場合には当座預金に振替えられ、手形と決済されることが予想される預金であり、場合によっては、過振り貸越の見合いともなりうる預金である。そして實際上、振替えが要求された場合Bがこれを拒むことはできないことを考えるならば、この預金は、間接的にはBの信用を担保するものとして機能するということができるように思われる。協力預金ケースでの問題点は、預金をめぐって予想される銀行の対応を、Aがどれだけ了解していたかであり、銀行が正式に担保手続をとったか否かが問題ではないのであるから、この限りで、①（b）の場合に含めて考えてよいように思われる。①（c）の場合とは、BがAに導入預金をするようもちかけ、Aがこれに応じて預金をしたが、Bにおいてこの預金の払戻しを受けてしまった場合である。【2】【14】【15】【17】【18】がこれにあたる。この場合には、Bは当初からAに無断で払戻しを受けること意図していることが多いと思われるから、Bが融資を受けることをAが了解しているといっても、その効力が問題になりうる。しかし、Aにとっては、自己の出捐した金銭が預金された時点まではその思惑どおりに進行していたということを考えるならば、この場合は、むしろA B間の了解にBが違反して、払戻しを受けてしまった場合とみることができるよう思われる。また実際の紛争も、このような形、すなわち、Aが有効に成立している預金の支払いを請求するといった形で争われることが多いであろう。このように考えると、この場合は、後述の預入依頼ケース（預金の預入を依頼された者が、その依頼どおり預入したが、その預金を担保に融資を受け、または預金の払戻しを受けてしまった場合）と同視することができるので、そこでの検討に従うことにしたい。

②の場合には、AはBに協力するために、いわば見せ金として預金をするということについて了解しているが、それ以上に、Bがこの預金を見返り担保として融資を受けるということは知らない。このような場合には、①（a）（b）の場合と異なり、融資を受けるにあたり預金を見返り担保とすることは、A B間の了解に違反する行為であるから、①（c）と同様に、後述の預入依頼ケースと同視することができる。【10】【13】【28】【66】【67】【68】がこれにあたる。

そこで、ここでは、①（a）（b）の場合（六八件中、これまでに番号を示さなかった四四件）をどのように法律構成するかが問題となる。結論的には、Aが了解を与えていたことをBがそのまま実行したにすぎないのであるから、預金契約および見返り担保を有効とすることが合理的である。しかし銀行Cにとっては、預金者がBである必要はなく、要は、融資の見返り担保として預金を拘束できれば十分である。A B間では、預金に供された金銭がAのものであることは明らかであるから、その限りで預金者はAとなるべきであろう。A B間の事情を銀行Cが知っている場合をも含て考えようとするならば、なおさらである。他方、銀行Cの融資の相手方はBである。というのは、AはBが融資を受けることは了解していても、自分が債務者となることまで了解しているわけではないからである。また銀行Cにとっても、融資の相手がBであることははっきりしている。したがって、預金者はA、融資先はB、見返り担保は銀行Cの善意・悪意にかかわらず有効でありその効力は預金者Aに及ぶ、という結果となる構成を探す必要がある。

この場合、Aの金銭について、Bにどのような処分権限があり、銀行Cがこの金銭についてどのような利害関係をもつかをみるのが、実体により適合的であるように思われる。問題を金銭の処分権という点からとらえた場合には、法律構成は簡明である。すなわち、Aの金銭を銀行Cが担保にとり、それについてAが了解をしているのであるから、Bには、Aの金銭を預金とし、Bの債務の担保に供するという処分権が付与されていると考えればよいのである。

このように考えるならば、①（a）（b）の場合にあたる事例では、Aの預金支払請求に対し、銀行Cは、A B間に了解があること、そしてその了解とは、単にAの金銭を預金とすることだけでなく、預金を見返り担保としてBが融資を受けることをも含んでいるということを主張立証することによって、支払いを免れることができる。実際の紛争では、Aの支払請求に対し、銀行Cは、預金者はBであるとの主張をまずすることになろう。しかし、Aが預金者と認定された場合には、銀行は自己の善意や無過失を立証する以前に、A B間の了解についての主張をする余地があるのではなかろうか。①（a）（b）に属する四四件においても、この点を争点として争っていたならば、結果は異なりうるものであったように思われる。

以上のように、協力預金ケースのうち、Bが銀行から融資を受けることをAが知っている場合については、預金をめぐって予想される銀行の対応をAは了解した上で出捐しているので、その預金がなされた後、銀行が実際にどのように対処したか（正式担保としたか

否か、Aの存在を知っていたか否かなど）を問題にするまでもないといえよう。

1－3 預入依頼ケース

事例数が協力預金ケースに次いで多いのは、預入依頼ケースであり、二七件ある。

これは次のような事例である。Aは、Bに対し、A出捐の金銭を預金にするよう依頼した。Bはその依頼どおり、銀行Cに預金をした。しかしその後、この預金がBによって預入されたこと、B名義になっていることなどの事情から、Bは銀行Cとの関係で自己が預金者であるとして行動し、この預金を見返り担保に融資を受けたり、または預金の払戻しを受けてしまった。AはCに対し自らが預金者であると主張して預金の支払いを請求するが、CはBの預金であると主張して支払いを拒んでいる。

A B間には、Aの金銭をBが預入して預金とすることを、AがBに依頼しているという関係がある。預金名義は、無記名、架空名義、B名義、まれにはA名義、第三者名義のものがあるが、いずれの場合も、そのような名義にすることをAがBに依頼しているのであり、Bが勝手に名義を選択したわけではない。預入行為は、当然、Aの依頼を受けたBが行っている。預入後の銀行Cとの関係では、この預金を正式担保または単なる見合いとしてBが融資を受けている場合と、預金の払戻しを受けている場合とがある。銀行Cの抗弁は、第一にはやはりBが預金者であるということであるが、そのなかにも、Bに対する貸金との間で相殺してしまっている場合、Bに払戻しをしてしまっている場合、いまだ相殺や払戻しをしていないがAへの支払いを拒絶している場合がある。これらを整理したのが次の表である。

表二

番号	判決年月日	登載判例集	名義	預入	その後の事情	請求	抗弁	認定	銀行の 勝敗
69	東京地 27・6・12	下民集 3・6・807	無	B		A→C	払	A	×
70	最 32・12・19	民集 11・13・2278	無	B	Bの手形不渡のため合意決済	A→C	相	A	×
71	(東京高 29・5・1)	下民集 5・5・597	〃	〃	〃	〃	〃	A	×
72	大阪地 35・4・28	金法 244・39	架	B		A→C	払	A	×
73	大阪高 35・7・19	金法 251・6	A	B	BがA名義で借入	A→C	相	AはBの行為を承認	○
74	大阪地 35・9・14	金法 262・23	B	三		A→C	相	B	○
75	浦和知 36・12・25	金法 297・5	A	B	Bが架空名義に変更	刑事横領事件		B	

76	東京地 37・9・28	金法 321・8	B	B	Aの債権者に払 戻し	B→C	払	A	○
77	大阪高 38・7・18	金法 350・6	B	B	Aに対する国税 滞納処分	B→C	払	B四七八〇	○
78	大阪高 40・8・16	金法 421・8	無	B		A→C	相	B	○
79	(大阪地 38・4・26)	下民集 14・4・837	〃	〃		〃	〃	A	×
80	大阪高 43・6・27	金法 519・28	A・架	B		A→C	相	B	○
81	高松高 45・9・29	判タ 257・238	B	B		Aの債権者 →A・B(確 認)		B	
82	東京高 45・10・7	金法 601・29	B・A	B	A名義預金がな されたときに、B 名義預金払戻し	A→C	相	B	○
83	(東京地 39・11・21)	金法 396・6	〃	〃	〃	〃	〃	B	○
84	東京地 48・3・26	金法 690・42	三	B		A→C(確 認)		A	×
85	最 50・1・30	民集 29・1・1	B	B	信用組合の職員 定期預金	A→C	払	A七一五〇 差戻	×
86	(東京高 47・12・25)	金判 351・7	〃	〃	〃	〃	〃	預金不成立 七一五×	○
87	(東京地 44・5・14)	金法 549・28	〃	〃	〃	〃	〃	預金不成立 七一五〇	×
88	最 51・2・26	金法 784・33	A・架	B		A→C	相	A	×
89	(大阪高 45・7・15)	金法 591・28	〃	〃		〃	〃	A	×
90	最 52・8・9	民集 31・4・742	B	B	信用組合の職員 定期預金	A→C	相	A	×
91	神戸地 53・3・16	判タ 369・271	架	B		B→C	相	A	○
92	東京地 55・7・7	判時 991・94	架	B	BがB名義に変 更	A→C	相	B	○
93	大阪高 56・2・27	金法 960・40	三	B	BがB名義に変 更	A→C	相	A四七八×	×
94	東京地 56・3・25	判時 1016・79	無	B		A→C	拒	A	×
95	大阪地 57・11・29	金判 664・29	A	B	Bが一部をB名 義に変更、一部を 払戻し	A→C	相・払	A四七八〇	○

二七件のうち、A（出捐者）を預金者と認定したものが一五件、B（銀行が預金者と考えた者）としたものが九件、その他が三件である。訴訟の結果については、銀行勝訴が一二件、敗訴が一三件、勝訴敗訴に関わりのないものが二件である。協力預金のケース同様、客観説が必ずしも浸透しているとはいえない。また、敗訴のほとんどの場合が、預金者はAであると認定された場合で、銀行が民法四七八条の主張をしていない場合であることも、同様である。

さて、この預入依頼ケースにおいて、問題解決のために最も重要なことがらであると思われるのは、第一に、預金がなされるまでのことについては、AがBに依頼しているのであり、Bもまたその依頼に従っているにすぎないという点であり、第二に、預入以後のBの行為については、Aはまったく了解しておらず、Bが勝手に行った行為であるという点である。このように、このケースでは、預金がなされるまでとそれ以後とでは、A B間の関係はまったく異なるのであるから、検討にあたっても、まずこれを分けて考えることが必要であろう。

AがBに預入を依頼し、Bがその依頼に従って預金をしたということは、法的にはどのように理解されるべきであろうか。結論的には、Aが依頼したことをBがそのまま実行したにすぎないのであるから、預金契約は完全に有効とすることが合理的である。この場合、預金契約の当事者が誰であるのかが問題となる。しかしこの段階で預金者がAかBかを論ずる実益はない。預入については、Bが行っているが、それについてAが依頼したのであり、また銀行も利害関係を有していないのであるから、この段階では、A Bおよび銀行にとって、預金者はAであろうとBであろうとかまわないのである。問題は、この預金をめぐって払戻し、担保設定という新たな行為がなされたときにはじめて生ずるのであり、その行為の有効性の検討から、逆に預金者は誰であるかを述べておけば問題解決には十分なのである。これを、預金関係が債権関係であるということに固執し、この段階で預金債権者は誰かを決定し、それによってその後のBの行為の効果を判断しようとするのは、かえって問題の本質を見誤ることになるように思われる。したがってここでは、Aの金銭について、Aはこれを預入するようBに委任し、Bは委任事務として預入を行った、といえれば足りる。預入された金銭が、A B間ではAのものであることは当然であり、その限りで預金はAの預金である。預金名義がB名義であろうとも、このことに変わりはない。

問題は、その後Bが預金者として行動し、担保に供したり、払戻しを受けたりしたことをどのように理解するかである。まず、Bが銀行から貸付を受け、その見返りとして預金を担保に供した場合（1—2で述べたように、正式担保だけでなく、銀行取引約定書の差入による相殺予約も含む）を考えてみよう。この場合、銀行の貸付の相手方は、当然Bである。したがって、Bは、自己の債務のために、他人であるAの金銭を自己の金銭として、Aの了解を得ることなく勝手に担保に供した、ということになる。ここでもまた、預金者が誰であるかを問題にすることは、必要以上に問題を複雑にし、結論を先取りすることによって実際の事態を見失うおそれがある。さて、このようなBの行動によって設定された

担保を、銀行が有効に取得できる場合は、限定されるといわざるをえないであろう。というのは、Aは自己の金銭を勝手に担保に供されており、何らの了解も与えていないからである。それゆえ、すべての場合について銀行を保護することは妥当でないが、銀行を保護するための法律構成としては、次のようなものがありうる。すなわち、民法四七八条の類推適用、表見代理、民法九四条二項の類推適用である(13)。しかし、民法四七八条の類推適用は、銀行がのちになって相殺をした場合の救済策であり、具体的に生ずる問題自体は解決が可能ではあるが、BがAの金銭を担保に供したということについての法律的説明には妥当しないものであるように思われる。また、表見代理によるときには、Aの帰責性を要求することによって銀行の保護とのバランスをとるという点、および貸付先はB、担保設定者はAとなることをうまく説明できる点において妥当と思われるが、Bは自己のために自己の預金として自己の名で担保に供しているという点において、代理にそぐわないという難点がある。1—2の場合のように、AがBの行動に了解を与えているとはいえないので、Bがこのような形で行動したことについてまで表見代理が成立するというのは困難であろう（ただし【73】は、預金後に、A名義で借入をなし、A名義の預金を担保に差入れてよいとの承認がBに与えられた例外的な事例であり、このような場合ならば、代理である）。民法九四条二項の類推適用によるときには、このような難点はない。ただ表見代理のときと異なり、貸付先、担保設定者ともBとなる（従ってまた、預金者も銀行との関係においてはBとなる）。しかし、はたしてAB間に虚偽表示ないし虚偽表示類似の関係が存在するかということについては、疑問が生ずる。というのは、Aは、Bに対し、Bが実際に行ったような形で預入を依頼し、実際にそのとおりのことが行われたにすぎないのであり、これはまったくAの意図したところであるからである。AB間には、そのような形で預入をするという合意以外に、別に外形の背後に隠そうとした合意はない。ただ一点、預金の名義がA以外の者になっていることにおいて、虚偽表示との類似性があるようにみえるが、Aには、名義がそのようになっていることによってAB間で果そうとしている別の目的があるわけでない以上、預金名義は、A以外の者であっても、それらの者ことAの名義であると考えられる(14)(15)。

このように、以上の構成はいずれも、Aの金銭をBが勝手に他人に対して担保に供したという実体に適合的であるとは必ずしもいえないように思われる。思うに、ここでは実体に即して、すなわち、Aの金銭をBが勝手に処分したことを法律構成すればよいのではなかろうか。銀行は、預金についてBとの合意による担保権を設定したのであるが、この担保は、銀行が預金を拘束できることが目的である。そうだとすれば、ここでの担保権設定の法律関係は、端的にいえば、銀行が留置している金銭（預金債権の目的となっている金銭）に対する担保権（質権）だということである。預金を担保にする場合、これまで一般には、預金債権の担保と考えられてきた。しかし、預金を担保にする場合は、一般の債権担保、たとえば甲が乙に対して有している代金債権を丙との取引における担保に供する場合と異なり、取引先が自己の預金を銀行に担保に提供するのであって、これはちょうど、

自己の動産を債権者に担保に供するのと似た関係であるといえる。それゆえ、預金の担保についても、動産質的にこれを把握することが、取引の実体に即しているように思われる。そして預金者の認定について客観説の立場に立った場合にも、ここでの問題を、BがAの預金について処分権限なしに銀行に担保権を設定した、と構成することができる。

1—2のケースで取り上げた①(a)(b)および②の場合についても、実は、預金の担保を預金債権の担保ととらえ、その上で真実の預金者は誰かを議論しようとするところに、この問題の法律関係を不鮮明にする原因があったように思われる。預金の担保を動産質的にとらえるならば、Bがこの金銭について処分権限(担保権の設定)を与えられていたかどうかという点が重要であることが鮮明になってくる。そして、このような処分権限について銀行の立証があれば(①(a)(b))、当然、支払いを拒絶することができ、立証がなければ、Aの預金についての銀行による(動産質的)担保権の善意取得の問題となり、銀行の善意無過失が問題となる(②)。

預金は、債権であり、指名債権であると解されている(16)(無記名預金については反対もある(17))ので、従来の考え方を貫く限り、預金について以上のような善意取得を考えることはできない。しかし、ここでの場合のように、現実金銭の移動があり、かつ、預金関係が債権関係であるということがさほど重要でなく(銀行が預金債務者であるということは、預金を担保にとってしまえば、ほとんど意味をもたない)、銀行にとってその現金を押さえているということ自体にこそ重要性がある場合においては、債権関係と切り離して「金銭」自体についての善意取得を問題にする余地があるように思われる。

もっとも以上のような考え方をとると、金銭について所有権の観念を考えることができるかという問題に直面する。そして金銭についての善意取得については、通説は、「占有するところ所有あり」としてこれを否定している(18)。金銭所有権一般の問題についてはここでは立ち入って議論することができないが、ここでの問題に限っていえば、銀行が金銭の所有権を有し、預金者が預金債権を銀行に対して有し、さらにその債権を銀行が担保にとるという構成は、いかにも煩雑、不必要である感をぬぐえず、むしろ、預金の担保を動産質的に構成することが実体にも適合し、構成もまた簡潔となるのであり、場合によっては、金銭に物としての所有権の観念を認める実益がある場合もあることの一例ではないかと思われる。このような構成によって銀行が善意取得するものは、正式担保にとった場合だけでなく、相殺予約にとどまる場合をも含めて、動産質権に類似した質権となる(19)。

質権を善意取得するとした場合、銀行の善意無過失の時期が問題になる。そしてそれは、銀行が、預金をBの預金と信じてBに対する貸付の担保とした時であるから、預金前にすでにBに対して貸付がなされている場合には、その後になされたBの預金は、銀行取引約定書によってその貸付の引き当てとなるので、預金時ということになる(【90】および1—2の場合の【13】がこれにあたるであろう)。しかし実際には、B名義で預金が行なわれている場合も含めて、Bがあらためて担保差入の手続をとっていることが多く、これを銀行側からみれば、それまでこの預金の担保としての拘束性に疑いをもっていたのが、差入手続

によって明確に担保として拘束したと考えるに至った時期であるので、このときにおける善意無過失を問題にすべきであろう（【80】【88】【89】【93】【94】および1—2の場合の【28】【66】【67】【68】）。預金と同時にそれを見合いに貸付がなされた場合には、その時が基準時となる。また、預金後にそれを担保に提供して貸付を受けた場合には、担保提供時が基準時となろう（【78】【79】【82】【83】【92】【95】）。Aからの預金確認請求に対しては（【84】および1—2の場合の【26】）、銀行は、第一段階としてBの預金であるとの主張をなし、第二段階として善意取得を主張をすると解することになる。

預入後Bが預金者として行動し、払戻しを受けてしまった場合はどのように考えるべきであろうか。この場合には、銀行はBに貸付をしておらず、預金を担保として拘束する必要性はない。また、BがAの金銭について処分行為を行ったともいえない。銀行としては、誰に払戻しをしてもとにかく免責されればよいのである。ここでは、Aの預金であるのにこれをBに支払ってしまった場合として、民法四七八条がまさに適用されると解すべきである（二七件中、これまでに番号を示さなかった一三件、および1—2の場合の【2】【14】【15】【17】【18】）。善意無過失の基準時は、当然払戻時である。

以上のように、預入依頼ケースについては、Aの了解がある預入時までと、了解がないその後で分けて考え、預入後の事態に応じて、銀行がBに対する貸付の担保とした場合には動産質権に類した担保権の善意取得を、預金をBに払戻した場合には民法四七八条の適用をすべきではないと思われる。

1—4 その他のケース

協力預金ケース、預入依頼ケース以外で預金者の認定が問題になった事例としては、名義隠匿（非依頼）ケースと贈与ケースがある。

名義隠匿（非依頼）ケースとは、次のような事例である。Aは、自己の金銭を出捐して預金をするにあたり、自己の名義とせず、Bまたは架空の名義を用いた。預入行為は、Aが自ら行った。後になってAは、銀行Cに対して預金の払戻しを請求するが、CはAの預金ではないと主張して支払いを拒んでいる。

前述の1—2、1—3のケースと異なり、AB間には預金をめぐって何らの関係もない。預金名義は、B名義のものと架空名義のものがあるが、いずれもAが選択したものである。請求の内容には、Aによる（またはAに対する国税滞納処分としての）支払請求、Bによる支払請求などがある。銀行はこれに対し、Aの預金ではないとしてAへの支払いを拒絶している場合、Bの預金ではないとしてBへの支払いを拒絶している場合、Bへ払戻してしまっている場合などがある。これらを整理したのが次の表である。

表三

番号	判決年月日	登載判例集	名義	その後の事情	請求	抗弁	認定	銀行の 勝敗
96	東京地昭 12・12・18	新聞 4230・7	B		B→C(確認)		A	○
97	名古屋高 28・3・19	高民集 6・68	架		A の転付債権者 →C	拒	(差押え無効)	○
98	東京高 36・8・25	金法 287・5	B	A の債権者と B からの譲 受人の争い	A の債権者(代 位)→C	供託	A	
99	東京地 39・12・12	金法 398・7	B		A→B(確認)		A	
100	福岡高 45・6・23	金法 588・32	架	A B 共謀	A→C	払	A しかし銀行に主張できない	○
101	東京地 45・8・28	金法 605・37	架	A に対する国税滞納処分	A→C	拒	A	×
102	東京地 45・12・21	金法 605・27	架	A に対する国税滞納処分	A→C	拒	A	×
103	福岡地 45・12・25	金法 608・26	架		A→C	拒	A	×
104	名古屋高 47・12・23	金法 697・24	B		B の転付債権者 →C	拒	A	○
105	東京地 48・6・22	金法 702・31	B		C→A(貸金返還)	相(A主張)	A	×
106	東京地 48・10・17	下民集 24・9・12・752	架	A に対する国税滞納処分	A→C	拒	A	×
107	東京地 53・3・2	判タ 369・248	B	A の申出により A の債務 の担保とした	B→C	拒	A	○
108	東京地 56・10・27	判タ 473・190	B	B の債権者が差押え	A→C	拒	A	×
109	浦和地 57・5・19	判タ 474・229	B		C→B(不当利得)		A	○

このケースでは、預金者はすべて A と認定されている。預入行為に B はまったく関係していない以上、1—3 の場合よりもより明確に、この預金が A の預金であり、たとえ B 名義であってもそれは B こと A の預金にすぎないといえることができるので、判例の結論は正当である。すなわち、A B 間で預金が誰のものであるかが問題になっても、預金は当然 A のものであり（【98】【99】）、B が銀行に預金の確認を求めても認められない（【96】）。A からの支払請求（【103】）および A の債権者が預金債権を取得してなす支払請求（【97】【101】【102】【106】【108】）に対しては、払戻ししてよいが、B からの支払請求は拒否することができる（【104】【107】）。

銀行がこの預金を担保にBに貸付をした場合および預金をBに払戻してしまった場合については、1—3の場合とまったく同様に考えればよい。すなわち、預入後Bが預金者であるかのようにふるまい、この預金をBのための担保に供したような場合には、銀行は、動産質権類似の担保権を善意取得すると考えられる。一連の行為にBがまったく関与していない場合、たとえば、Aが実在のB名義で預金したところ、たまたま銀行がそのBに対し貸付をしていたといった場合には、Aがこの貸付の事実を知っていたならば、1—2の協力預金の場合に準じて考え、Aは、預金の処分権限をBに与え、預金をもってBを保証するととらえることができるので、銀行は有効にその預金を拘束できると解することができる。Aがこの貸付の事実を知らないときが問題となるが、これは結局、預金を担保に供するつもりがないにもかかわらず、外形的には担保に供してしまったことになる。Aはこの点について無自覚であるから、錯誤となるようにみえる。しかし、預金が担保となるのは、預金がB名義でなされたことからする当然の結果なのであるから、預金がB名義でなされたことの効力をAが否定できない（Aは、B名義とすることについては自覚的であり、自己の名をBと書き間違えたわけではない）以上、Aは、自己の事情を善意無過失の銀行に主張できないと解すべきであろう（民法九三条の心裡留保に準じて考える。なお【105】では、銀行がB名義とすることを依頼しており、銀行は悪意であったとみることができる事例である）。銀行が預金をBに払戻してしまった場合には、民法四七八条の適用があると解すべきである（銀行が自己に過失があると判断したときは、【109】のように、Bに対し不当利得返還請求しておけばよい。なお【100】は、A Bが共謀して銀行に損害を与えるつもりでBが払戻しを受けた事例であり、Bへの払戻しはAへの払戻しと同視できよう）。

さて、贈与ケースとは、次のような事例である。Aは、自己の金銭を出捐して預金をするにあたり、自己の名義とせず、Bまたは架空の名義を用いた。預入行為は、AまたはBが行った。しかしその金銭はAがBに贈与したものであった。またはその後、AからBに対しこの預金の贈与がなされた。そこでBは銀行Cに対して預金の支払いを請求するが、CはAの預金だと主張してこれを拒んでいる。

表四

番号	判決年月日	登載判例集	名義	預入	その後の事情	請求	抗弁	認定	銀行の 勝敗
110	大昭 4・12・12	民集 8・932	B	Aの妻	BはAの子	Aの相続人 としてB→ C	払	B	○
111	大昭 13・12・27	民集 17・2651	B	A	BはAの妻	Bからの譲 受人→C	拒	B	×
112	大昭 16・12・12	法学 11・7・84	B	A	BはAの妻	B→C（確 認）		B	

113	広島高 34・3・11	下民集 10・3・467	B	B	BはAの子 Aに対する国税 滞納処分	B→C	払	B四七八×	×
114	(山口地 32・1・30)	金法 136・2	〃	〃	〃	〃	〃	認定せず 四七八〇	○
115	仙台高 41・7・6	金法 453・10	架	A	BはAの子	A→C	拒	B	○
116	岡山地 49・6・25	金法 731・36	架	B	BはAの妻	B→C	払	B四七八×	×

このケースでは、預金者はBと認定されている。実際にAからBへの贈与があったと認められるならば、預金は完全にBのものであり（【112】【115】）、銀行は、Bの支払請求に応ずればよい（【110】）。とくに、B名義の預金では、贈与により名実ともにBの預金となったのであり、銀行としても、架空名義の預金で預金者について疑いを抱くような場合ではないから、支払請求にはそのまま応じてよいはずである。預金の譲渡禁止特約についても、預入時にすでに金銭の贈与があれば、銀行はその特約の効力を主張しえないし、また、預入後の贈与であっても利害関係がない限り贈与を承認すれば足りる（【111】では、銀行がAに貸金を有していたため、Aの預金と主張し、Bからの預金の譲受人に対しても特約の効力を主張したが、特約の範囲外の譲渡とされた）。

預金をAに払戻してしまった場合には、Bの支払請求に対して銀行は、第一には譲渡禁止特約の効力を主張すればよい。しかし、預入時にすでに金銭の贈与があれば、この特約の主張はできないので、第二に、民法四七八条の適用を主張することになる（【113】【114】【116】）。

1－5 むすび

ここでは、預金者の認定と銀行の免責に関する従来の判例を、出捐者と預金名義人または預入行為者との間の事情に応じて整理し、それぞれの場合に合理的と思われる解決と法律構成を与えることを目的とした。そして、協力預金ケースでは、預金が他人の融資の担保として拘束されることを出捐者が了解しているといえるので、結論的には、銀行の善意悪意に関係なくその預金は銀行に有効に拘束されることが妥当であり、法律構成としては、出捐者は金銭の処分権限を与え、預金をもって保証すると考えるべきではないかとの指摘をした。預入依頼ケースでは、預入までは出捐者の依頼どおりの行為がなされたが、預入後に出捐者の金銭が他人によって勝手に処分され、その者の融資の担保に供されたのであるから、結論的には、担保として拘束したことにつき善意無過失である場合のみ銀行を保護することが妥当であり、法律構成としては、担保としての「金銭」自体の善意取得を考え、銀行は動産質権に類似した質権を善意取得すると解すべきではないかとの指摘をした。また、預金が他人に払戻された場合には、民法四七八条をそのまま適用すれば

よいと述べた。さらに、名義隠匿（非依頼）ケースでは、出捐者だけが預入に関与しているものであるから、出捐者が自己の預金を他人のためにどう処分したのかというように考えればよく、また贈与ケースでは、逆に出捐者が実際に贈与しているものであるから、受贈者の預金であることを基本に置いて考えればよいとの指摘をした。

以上の検討を通じて明らかとなったのは、次の二つの点である。すなわち第一に、従来、預金者の認定と銀行の免責の問題は、出捐者と預金名義人または預入行為者との関係、および預金名義人または預入行為者と銀行との関係を十分考慮することなく論議されていたように思われる。とくに判例のとり、客観説に立つて民法四七八条を用いるという処理の仕方では、出捐者がポケットから金銭を出した瞬間と、銀行が相殺または払戻しをした瞬間とだけがとらえられ、その間の諸事情は考慮されていない。このため、それぞれの場合の実体に応じた合理的な解決が必ずしも導けていなかったのではなかろうか。第二に、従来の議論では、預金関係が債権関係であることにあまりにもとらわれ、かえって問題を複雑にしていたという傾向があるのではなかろうか。ここでの問題の場合には、実際に金銭の移動があり、しかも銀行にとってその金銭の拘束が問題なのであるから、その金銭の処分権に着目することによって、より実体に即した解決が得られるのではなかろうか。ただし、この点については、そもそも金銭所有権というものをどのように考えるのかという大問題があり、今後の課題としなければならない(20)。

- (1) 前田庸「預金者の認定と銀行の免責」『新銀行実務講座一四巻』（一九六七年、有斐閣）六一頁、水田耕一「記名式定期預金の預金者の認定」金法五三七号一〇頁、鈴木重信「架空名義預金者認定に関する一考察」金法五七七号四頁、吉原省三「預金者の認定と表見預金者と取引した銀行の保護」金法六九〇号一九頁、来栖三郎『契約法』（一九七四年、有斐閣）六一四頁、大塚市助「判批」商事判例研究昭和二七年度二八事件評釈、時岡泰「預金の帰属をめぐる問題点」金法四二五号二四頁、川井健「判批」金判三八九号二頁、佐藤安男「判批」ジュリスト四八五号一五八頁、谷口茂栄「判批」金法三六二号二九頁、松嶋由起子「表見預金者と取引した銀行の保護」金法七〇九号四頁、など。
- (2) 我妻栄『債権各論中巻二』（一九六二年、岩波書店）七三四頁、田中誠二『新版銀行取引法』（一九七〇年、経済法令研究会）一一二頁、同「預金者決定についての基本的考え方」手形研究二七九号四頁、斎藤睦馬「架空名義の預金」手形研究一四一号一〇頁・一四二号四頁、同「預金の帰属についての一考察」金法四六四号四頁、本間輝雄「記名式預金の預金者の認定」『銀行取引判例百選（新版）』（一九七二年、有斐閣）五六頁、渋川満「預金担保貸付と債権の準占有」金法六八九号九二頁、高窪利一「判批」昭和五二年度重要判例解説一一二頁、など。
- (3) 大原栄一「判批」ジュリスト二六三号一〇六頁、菅原菊志「判批」商事判例研究昭和三〇年度一九事件評釈、上田宏「無記名定期預金の性質」金法六八九号八頁、など。

- (4) 以上の各説のほか、このような形での論議によらず、具体的事情に応じた分析の必要性を説くものがある。椿寿夫「判批」民商七一巻一号一四八頁、中馬義直『入門銀行取引法講座1 預金』（一九七〇年、金融財政事情研究会）二四〇頁、谷口知平「預金者の認定」金法六八九号四頁、高木多喜男「預金者の認定」金法七四七号四頁・七四八号四頁、同「預金者の認定」『銀行取引法講座上巻』（一九七六年、金融財政事情研究会）一二七頁、菅野佳夫「判批」判タ三九〇号一〇二頁、同「民事裁判の銀行実務に与える衝撃度」判タ四七〇号三六頁。しかし、石田喜久夫『金融取引法の諸問題』（一九八二年、成文堂）三一頁は、柔軟な構成を示されつつも、利益衡量のみによる解決には限界があると指摘される。
- (5) この問題を整理、分析する文献としては、以上掲げた文献のほかに、次のようなものがある。石井眞司他「研究会・預金取引における預金者の保護と銀行の免責」ジュリスト五四一号一六頁、川島武宜他「座談会・銀行実務と判例・学説の接点」手形研究一七二号四頁、鴻常夫他「座談会・預金取引」金法七八五号一一頁～九一二号九頁（八二二号四一頁、八二三号一八頁、八二四号二六頁）、寿円秀夫「預金者の認定」金法七〇〇号五頁、山崎寛「判批」Law School 九号一一一頁、平井宜雄『民法の判例第三版』（一九七九年、有斐閣）一三八頁、平田浩「預金者の認定」『判例先例金融取引法』（一九七九年、金融財政事情研究会）一三頁、遠藤賢治「預金者の認定」金法一〇〇号二四頁。
- (6) 民法四七八条を類推適用する見解として、川井・前掲注(1)四頁、石井眞司「相殺等と銀行の預金者認定の注意義務」堀内古稀記念『銀行取引法の研究』（一九七六年、金融財政事情研究会）一三三頁。民法四七八条と免責約款によるべきとする見解として、前田庸『現代の経済構造と法』（一九七五年、筑摩書房）四二九頁。表見代理の規定を類推適用する見解として、吉原・前掲注(1)二四頁。民法四七八条と表見代理によるべきとする見解として、林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男（石田）『債権総論』（一九七八年、青林書院新社）二四六頁。民法九四条二項を類推適用する見解として、高島平蔵「判批」判例評論一八〇号一三二頁、石井他・前掲注(5)三四頁（鈴木重信発言）。民法九四条二項および民法一一〇条を類推適用する見解として、平井・前掲注(5)一四三頁。
- (7) 本文前掲の最判昭和四八年三月二七日（肯定）、最判昭和五三年五月一日（否定）、最判昭和五七年四月二日（肯定）。
- (8) 下級審判決は分かれていた。相殺時に善意無過失が必要とするものとして、東京地判昭和四六年一〇月一日金判二九〇号一三頁がある。また、名古屋高判昭和五二年八月三十一日金判五三九号二三頁も、相殺の意思表示をする段階までに調査確認しておくべきであるとしている。これに対し、預金時および貸付時でよいとするものとして、東京地判昭和五五年七月七日金判六一五号三六頁がある。学説も分かれており、相殺時に必要とする見解として、中馬義直「判批」昭和四八年度重要判例解説五九頁が、

- 預金時および貸付時で足りるとする見解として、川井・前掲注(1)四頁、石井・前掲注(6)一四八頁がある。
- (9) 西尾信一「預金者の認定」判タ四〇二号五二頁、鈴木正和「表見預金者」判タ四〇三号五八頁、同「預金者の認定の傾向」判タ四七四号五六頁、菅野・前掲注(4)判タ四七〇号三六頁。
- (10) 吉原・前掲注(1)二二頁、平井・前掲注(5)一四二頁、高島・前掲注(6)一三三頁。
- (11) 民法四七八条の沿革については、三宅正男「判批」判例評論一四号一一頁、来栖三郎「判批」法協八四卷九号一二三七頁、沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）七七頁、新関輝夫「フランス民法における債権占有」名法四一号八四頁、池田真朗「民法四七八条論序説」慶院昭和四八年度一九頁など。
- (12) 客観説、主観説、折衷説のいずれが妥当かといった議論の仕方が効果的なものではないことは、従来からも指摘されてきたところである。川島他・前掲注(5)八頁川島武宜発言、椿・前掲注(4)など。
- (13) 前掲注(6)参照。
- (14) 私見によれば、虚偽表示とは、ある表示が当事者の実際に意図するところをこえてなされている場合であり、当事者間にその表示をする以外に意図するところがない場合は虚偽表示ではない。第一章第一節1参照。
- (15) なお、表見代理、民法九四条二項によると、貸付の効果まで出捐者に及んでしまうとの指摘がある（平井・前掲注(5)一四二頁）が、九四条二項によるときは、預金が出捐者のものであることを善意の銀行に対抗しえないにすぎず、貸付先が出捐者となるわけではないと思われるし、表見代理によるときでも、貸付取引と預金の帰属とは区別して論ずることができるように思われる。
- (16) 最判昭和三二年一月一九日民集一一卷一三号二二七八頁。
- (17) 無記名定期預金については、指名債権と無記名債権との一種中間的な性質のものともみることのできるとの見解（我妻・前掲注(2)七三六頁）、通常の指名債権の概念では律し切れないとの指摘（西原寛一『金融法』（一九六八年、有斐閣）一〇〇頁）、実質的には無記名証券に準すべきものであるとの指摘（中馬・前掲注(4)『入門銀行取引議座』二四三頁）がある。中馬教授は、このことを前提に、銀行が無記名定期預金を担保にとった場合につき、実質的に、担保権を善意取得したとみる構成を主張されている（中馬・前掲二四五頁、同・前掲注(8)五九頁）。また、吉原・前掲注(1)二五頁でも、表見代理による銀行の保護を主張されるなかで、出捐者の預金に質権が成立するという考え方の可能性を指摘されている（ただし、対抗要件の点で難点があるとされる）。しかしこれらは、預金関係が債権関係であることを前提とした主張であり、「金銭」自体に着目したものではない。金銭自体に着目するかぎり、無記名定期預金に限定して考える必要はなく、対抗要件も金銭の所持によってみたされていると考えることができる。
- (18) 最判昭和三九年一月二四日判時三六五号二六頁、我妻栄『物権法』（一九五二年、

岩波書店)一四六頁、末川博「貨幣とその所有権」『民法論集』(一九五九年、評論社)二五頁、舟橋諄一『物権法』(一九六〇年、有斐閣)二三六頁など。しかし現在では、金銭に「物」としての側面があることをとらえなおそうとされる見解が現れるに至っている。好美清光『注釈民法』九八頁(一九六八年、有斐閣)、同「赃物である金銭と即時取得」金判七三号二頁、四宮和夫「物権的価値返還請求権について」我妻追悼論文集『私法学の新たな展開』(一九七五年、有斐閣)一八三頁。

- (19) 相殺の担保的機能が論議されているが、ここでの構成を前提とするかぎり、相殺予約は動産質権の設定ととらえることになる。このように相殺予約を質権設定の合意と解する見解として、林瑋「いわゆる相殺の担保的機能」名法八八号一一七頁がある。預金を正式担保にとる場合のみならず、相殺予約にとどまる場合にも質権的構成を貫くことには、異論があるかもしれない。銀行取引約定書の差入れのみに依拠して質権設定の合意の存在を擬制するのは、行き過ぎであるとも考えられるからである。しかし、銀行にとって金銭が商品そのものであること、および銀行取引の商行為性に着目するならば、商事留置権を認められている他の商人の場合との比較においても、銀行に独自の質権を認めることにさほど無理があるとはいえないのではなかろうか。
- (20) 【16の2】として、【17】の上告審判決である最判昭和四一年一月一八日金判三八号二頁を加える。判旨は、控訴審判決支持の上告棄却である。

2 判例による民法四七八条の類推適用とその拡大

2-1 はじめに

債権の準占有者に対する弁済に関する民法四七八条が今日最も多く利用されているのは、預金担保貸付の場面である。判例は、定期預金が他人を介してなされたり、他人名義・架空名義でなされたりした場合で、銀行が預入行為者や預金名義人を預金者であると考えて貸付をし、その後貸付金と預金との間で相殺をしたといった場合に、出捐者が預金者であると認定したうえで(いわゆる客観説)、しかし、銀行が善意無過失であるときには、出捐者からの預金支払請求に対して免責を認めている。このように、預金担保貸付における貸付債権と預金債権との相殺について民法四七八条を類推適用するという判例理論は、今日ではもはや確定したかの観がある。

このような判例理論に対しては、学説上は周知のように、多種多彩な議論が展開されてきた。すなわち、預金者の認定に関しては、客観説以外に主観説、折衷説が主張されてきたし、また、客観説を前提にするとしても、銀行の免責の法律構成については、表見代理の規定の類推適用説、民法九四条二項類推適用説、一般的外観理論説、免責約款の弾力的解釈説などが主張されてきた(1)。

このような状況のなかで、本節1では、判例理論は預金者の認定と相殺をめぐる問題を

銀行の善意無過失という基準によって包括的に一挙に解決し、それによって出捐者の利益と銀行の利益との調整を図ろうという点に重点が置かれたものであり、この意味で四七八条は、本来の適用領域から離れて利用されており、一種の仮託が行われているとの認識を前提にして、判例理論をその理論的難点からだけ批判するのは効果的とはいえず、むしろ善意無過失という基準のみで紛争の実体を反映した、適合的な解決を導くのに十分であるのかという角度から判例理論を検討する必要性を主張した。そして、判例理論は、問題をいわば出捐者が金銭をポケットから出した瞬間と、銀行が相殺をした瞬間だけをとらえるものであり、出捐者・預入行為者ないし預金名義人・銀行間の具体的事情の違いを考慮することができず、具体的にも実体に応じた解決が導けていないのではないかという疑問を提示した(2)。

しかし、判例は、その後も以前にも増して上述のような判例理論を維持し、さらに四七八条の類推適用を拡大させる傾向をみせているように思われる。また、学説においても、ここまで判例理論が確定してきたという状況をふまえて、事案の具体的解決という点では「準則として確立した以上、強いて反対する理由はなく、判例の準則を是認すべきであろうか。」(3)とか、「めぐりめぐって、結局判例のとり客観説プラス民法四七八条類推適用という方法は、結果的には案外に意味のある方法であるということができそうである。」(4)との認識が最近ではおおかたの見方になりつつあるように思われる。しかし、このような判例の状況は、前述のような観点からすれば、本来実体に応じたきめ細かい法律構成を必要とする場面において、それらを見捨てた一刀両断的な解決をもたらす解釈論を定着させるだけでなく、さらにそのような立場を基にその「理論」の適用範囲を拡大させるものであって、到底賛成することができない。ただ、判例理論が確立したといわれる今日においては、従来のような議論の仕方そのままではもはや判例に対して有効な反論をなし得ることもいえない(5)。そこで、以下では、昭和五〇年代後半に確立したとみられる預金担保貸付と相殺に関する判例理論を、判例理論として一応の前提としつつ、それ以降の裁判例がこの理論をどのようにしてさらに拡大させようとしているのか、そして、そのことに問題はないのかを批判的に検討することにする。

2-2 預金担保貸付における民法四七八条類推適用論の確立

預金担保貸付と相殺に関する判例理論は、昭和三〇年代から五〇年代にかけて確立されてきた。

当初、判例上この問題は、預金者の認定の問題として登場した。すなわち、定期預金が他人を介してなされたり、他人名義・架空名義でなされたりした場合、その預金者は誰かが問題となったのである。問題が多発しはじめた昭和三〇年代以降、裁判例は錯綜し、学説上も客観説（原則として、出捐者を預金者とする）、主観説、折衷説が対立していた。このような状況のなかで、最高裁は、まず、無記名式定期預金について客観説をとることを

明らかにし（最判昭和三二年一二月一九日民集一一卷一三号二二七八頁）、次いで記名式定期預金についても、同様に客観説をとることを一貫して明らかにしている（最判昭和五二年八月九日民集三一卷四号七四二頁、最判昭和五三年五月一日判時八九三号三一頁）。

このように預金者の認定について客観説に立つときには、預入行為者や預金名義人を預金者であると信じて、この預金を担保にこれらの者に対して貸付を行い、その後貸付債権と預金とを相殺した銀行の保護をどのようにして図るかが問題となるが、これについて、最高裁は、民法四七八条を利用しているわけである。

ただ、同条は、債権の準占有者への「弁済」に関する規定であるから、これをただちに、預金担保貸付における「相殺」に適用することはできない。そこで、最高裁は、まず、第一段階として、Xの妻と称するAに対して定期預金の期限前払戻しをしたという事例において、「本件においては、期限前払戻の場合における弁済の具体的内容が契約成立時にすでに合意により確定されているのであるから、被上告銀行のなした前記の期限前払戻は、民法四七八条にいう弁済に該当し、同条の適用をうけるものと解するのが相当である。」と判示し、定期預金の期限前払戻しが、四七八条にいう弁済にあたるとした（最判昭和四一年一〇月四日民集二〇卷八号一五六五頁）。そして、第二段階として、Xの出捐により無記名定期預金がなされたが、Aがこれを自己ないし自分の会社の預金として貸付を受け、その後銀行が相殺したという事例において、預金者はXであるとしたうえで、「銀行が、無記名定期預金に担保の設定をうけ、または、右債権を受働債権として相殺をする予定のもとに、新たに貸付をする場合においては、預金者を定め、その者に対し貸付をし、これによって生じた貸付債権を自働債権として無記名定期預金債務と相殺がされるに至ったとき等は、実質的には、無記名定期預金の期限前払戻と同視することができるから、銀行は、銀行が預金者と定めた者（以下、表見預金者という。）が真実の預金者と異なるとしても、銀行として尽くすべき相当な注意を用いた以上、民法四七八条の類推適用、あるいは、無記名定期預金契約上存する免責規定によって、表見預金者に対する貸金債権と無記名定期預金債務との相殺等をもって真実の預金者に対抗しうるものと解するのが相当であり、かく解することによって、真実の預金者と銀行との利害の調整がはかられうる」と判示し、貸付金と定期預金との相殺は、実質的にみれば期限前の払戻しと同視できるとして、四七八条を類推適用しているのである（最判昭和四八年三月二七日民集二七卷二号三七六頁）。

しかし、このような判例理論に対しては、ひとつ重大な疑問を提示しておかなければならない。それは、客観説プラス四七八条類推適用が問題となるケースにおいては、銀行が誤認したのは、Aという預金者の預金をBという貸付先の預金であると誤認したのであって、Bが預金者A本人であると誤認したのではないということである。すなわち、このようなケースでは、銀行は「他人のものをその人のものと誤認した」（預金の帰属主体の誤認）なのであって、「その人を他人だと誤認した」（預金者の同一性の誤認）のではないのである。ところが、判例理論のなかでは、「もの」を間違えたのか、「人」を間違えたのかという違いは、いずれにせよ「もの（預金）」が「人（B）」のものでないという点で同じにとらえ

られているのである。しかし、四七八条は、フランス民法に倣ったものであり、もともと、万人にとって債権者とみえるような者（たとえば、債権者の表見相続人、債権譲渡が無効であった場合の債権譲受人など）に対する善意の弁済のみを保護するという限られた範囲の問題を取り扱うものであったとされている(6)。そうだとすると、四七八条は、前述の誤認の種類のうち、「その人を債権者本人だと誤認した」場合のみを取り扱うものであって、弁済と相殺との類似性をいう前に、そもそも事案として、判例がいうような場合には利用できないのではないかという疑問が生じてくるのである。

しかし、判例がこのような場合にも四七八条を持ち出してくるのには、それまでに判例によって積み上げられてきた四七八条の適用領域の拡大傾向が背景にあるように思われる。すなわち、判例は、四七八条が沿革的には、前述のように非常に限られた範囲の問題のみを取り扱うものであったとされているにもかかわらず、いくつかの問題を契機として、その都度同条の適用領域を拡大させてきた。まず、①偽造領収書の持参人（大判昭和二年六月二三日民集六卷四〇八頁）、窃取された預金通帳と印鑑の持参人（最判昭和四二年一二月二一日民集二一卷一〇号二六一三頁）などの証書の持参人も、民法四八〇条ではなく、四七八条の準占有者にあたるとし、続いて②詐称代理人についても、代理の規定によって処理せず、準占有者にあたると解している（最判昭和三七年八月二一日民集一六卷九号一八〇九頁）。これらによるならば、四七八条は、「その人を債権者本人と誤認した」場合だけでなく、より広く「その人が債権行使の権限を有する者であると誤認した」場合までもカバーするものと理解されることになり、前述のような事案の違いは捨象されることになってしまった。また、③払戻しに関する郵便貯金法の免責規定（郵貯法二六条〔**注記** 平成一六年廃止〕）、銀行預金についての免責約款は、四七八条の特別規定と解しており、これらによって同条以上の保護が与えられているわけではない（すなわちこれらの領域も四七八条の問題領域）としている。そして他方では、④準占有者の範囲の拡大に伴い、弁済者には無過失を要求してバランスをとっている（**注記** 平成一七年明文化）。学説でも、多数はこのような傾向に賛成しており、たとえば四七八条は「その適用の範囲は極めて広く、取引の安全を保護する制度としておそらくは民法中最も徹底したものであろう」(7)と理解されている。さらに最近では、このような理解をより進めて、四七八条を権利外観法理の一つの現れとして位置づける見解もある(8)。このように、最近では、判例・多数説による四七八条の拡大理解が定着しつつあるのが現状である(9)。

このような状況下では、判例上すでに、前述のような事案の違いは捨象して、「預金証書などを持参して」、「預金に関する有権限者であると振る舞う者に対して」なされた弁済については、「免責約款の有無にかかわらず四七八条に基づき」「銀行が善意無過失であったかという基準のみで」解決することができるという処理方法が確立していたことができるのであり、あとは弁済ではなく相殺であるという点につき「類推適用」という手法を用いれば足りたのである。

2-3 最判昭和五九年二月二三日とその意義

以上のような預金担保貸付に関する判例理論は、最判昭和五九年二月二三日民集三八卷三号四四五頁を契機として、（たとえ無意識的であるにせよ）さらに拡大を遂げたように思われる。事案は次のようなものである。

①Xは、Aの紹介でY信用金庫に定期預金をする事になり、Aの事務所へ赴いた。そこでYの得意先係との間で預入手続きを行ったが、手続きはAが代行し、氏名欄にはXと記入したが、住所はAの事務所の所在地を記入した。②証書はXの了解のもとAに交付され、印鑑もAに預けたままであった。③その後、Aは、Xと名乗る替え玉Bを連れてYに赴き、必要書類、印鑑を用いて預金担保貸付を申し込んだところ、Yの融資係員は、BをてっきりXであると思って預担貸を実行した。④その後になって、Xが預金のことをYに問い合わせたところ、預金が貸付の担保になっていることを知らされた。⑤さらにその後、YはXに対して相殺の通知をした。このような事実関係のもとで、XがYに対して預金の返還を請求したのが本件である。

第一審では、民法四七八条の類推適用あるいは免責約款によってYは免責されるとされたが、第二審では、相殺の時点ではYが善意であったということはありませんとして、免責約款について判断するまでもなく、四七八条の類推適用の余地はないとした。そこで、Yが上告したところ、最高裁は、次のように説示して原判決を破棄差戻した。

「金融機関が、自行の記名式定期預金の預金者名義人であると称する第三者から、その定期預金を担保とする金銭貸付の申込みを受け、右定期預金についての預金通帳及び届出印と同一の印影の呈示を受けたため同人を右預金者本人と誤信してこれに応じ、右定期預金に担保権の設定を受けてその第三者に金銭を貸し付け、その後担保権実行の趣旨で右貸付債権を自働債権とし右預金債権を受働債権として相殺をした場合には、少なくともその相殺の効力に関する限りは、これを実質的に定期預金の期限前解約による払戻と同視することができ、また、そうするのが相当であるから、右金融機関が、当該貸付等の契約締結にあたり、右第三者を預金者本人と認定するにつき、かかる場合に金融機関として負担すべき相当の注意義務を尽くしたと認められるときには、民法四七八条の規定を類推適用し、右第三者に対する貸金債権と担保に供された定期預金債権との相殺をもって真実の預金者に対抗することができるものと解するのが相当である（なお、この場合、当該金融機関が相殺の意思表示をする時点においては右第三者が真実の預金者と同一人でないことを知っていたとしても、これによって上記結論に影響はない）。」

この判決は、一般的には、判例理論によって民法四七八条を類推適用する場合、金融機関の善意無過失は、何時の時点を基準にして判断されるかに関するものにとらえられている。たしかに、本判決以前から、貸付時に善意無過失であれば足りるのか、相殺時にも必要なかをめぐって、下級審レベルでは議論が分かれていた(10)。本判決は、このような争いに対して、判例理論として、ひとつの決着をつけたという意味がある(11)。このことは、

それまでの客観説プラス四七八条の類推適用という判例理論を妥当なものにとらえる立場からすれば、当然に予想されたことではあるといえる。というのは、実際の問題として、預金担保貸付と相殺が問題となるような事案においては、銀行は貸付以後、出捐者からの問い合わせや貸付金の管理などから預金者について疑いを抱いているかこれまで預金者と思ってきた者が出捐者ではないということがわかった頃に相殺をするといった場合がほとんどであり、出捐者から訴えられた時点で初めて事情に気づいたといった場合はむしろ稀であると思われるからである。このような事情の下で、もし、善意無過失の基準時を相殺時とした場合には、銀行はほとんどの場合敗訴せざるをえないということになろう。しかし、このような結論は、前から述べているような、四七八条を借用し、善意無過失という基準によって、問題の全体を一举に解決しようという判例理論のねらいに反することになる。したがって、判例理論による利害調整の妥当性を維持するためには、貸付時を基準時とする必要がもともとあったのであり、判例が客観説プラス四七八条の類推適用という理論をとったときから当然予想された帰結であるということができるのである。このように、従来の判例理論との関係においては、本判決は、その延長線上にあるものと評価することができる。

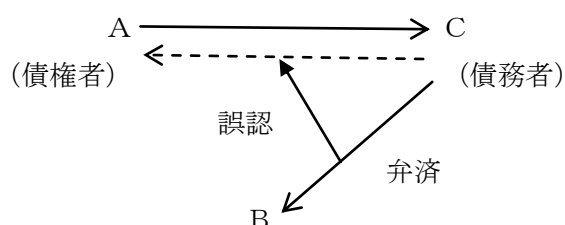
しかし、本判決には、このような意味とは別に、もう少し異なる点で意味があるように思われる。というのは、従来預金担保貸付と相殺をめぐって判例に現れた多くの事案、たとえば前述の最判昭和四八年三月二七日などのように、Aを出捐者、Bを預入行為者ないし預金名義人とした場合、銀行がBを預金者であると考えてこれに対して預金担保貸付をしたという事案と異なり、本件は、事案を簡単にいうならば、預金者がAであることには争いがなく（したがって、預金者の認定を問題にする必要がない）、ただ、銀行が貸付先をAであると間違えたという事案なのである。これは、前述した区別に従えば、「その人を預金者本人であると誤認した」（預金者の同一性の誤認）場合であって、「預金をその人のものと誤認した」（預金の帰属主体の誤認）場合ではないのである。しかし、本判決は、この違いをまったく考慮せず、預金担保貸付で相殺ということだけから、四八年判決と同様の表現によって四七八条を類推適用している(12)。この結果、本判決は、従来のように預金者の認定につき客観説をとる後しまつとしての四七八条の類推適用というのとは異なり、客観説とは切り離されたところで、預金者の同一性誤認の結果としての「貸付」を四七八条の類推適用によって保護するという意味を有するものとなっているのである（善意無過失の基準時を貸付時で足りるとしたことはこの意味からすれば当然であったといえる）。

たしかに、①事案の違いということだけからすれば、本判決のように「その人を預金者と誤認した」（預金者の同一性の誤認）場合のほうが、元来四七八条に適合的な事案であり、むしろこれまで客観説が問題となってきた場合のほうが変則的なのだということがいえるであろう。そして、②証書の持参人に対する払戻しにも四七八条の適用があるという判例の流れからすれば、本判決はそれをほんの少し広げただけであって、そんなに驚くべき判決ということもないといえるかもしれない。また、③預金担保貸付というシステムの実質

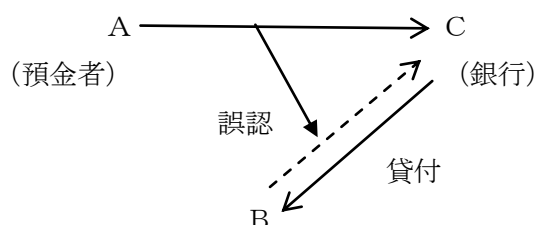
論からしても、預金担保貸付は、通常一般の貸付とは異なり、いわば「相殺を予定した貸付」なのであって、貸付といってもその実質は払戻しに近いのだということもいえるであろう（しかも、本件では実際に相殺までなされている）。そして何よりも、④預金担保貸付に関する紛争は四七八条の類推適用によって一挙に解決するのだという考え方からすれば、銀行の善意無過失だけが問題なのであって、預金に関する誤認か、貸付に関する誤認かは問題ではないといえるかもしれない(13)。

しかし、理論的には、預金債権と貸付債権とが別個のものであるとするかぎり、本判決は、預金債権とは密接に関わるけれども預金債権それ自体ではない、貸付行為そのものを四七八条によって保護したということになるのではなかろうか。

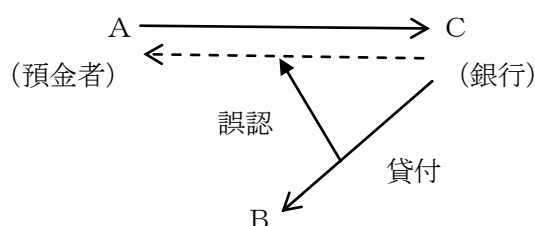
● 478 条の場合



● 客観説プラス 478 条類推適用の場合



● 59 年判決の場合



本判決自体は、「少なくともその相殺の効力に関する限りは、これを実質的に定期預金の期限前解約による払戻と同視することができ」とし、「相殺をもって真実の預金者に対抗することができる」とする判決文からもわかるように、あくまでも「相殺」を「払戻」と同視するとの意図であったにもかかわらず、善意無過失の基準時を貸付時でよいというのは、解釈論としては不可解であるといわれている(14)。しかし、これまで述べてきたような

事案の違いを念頭に置いたうえで本判決を理解しようとするかぎり、本判決は、預金担保貸付における「相殺」を弁済と同視しようとしたものというよりは、「貸付」を弁済と同視し、相殺がなされたか否かは問題ではないという方向を示唆しているといえ、ここに本判決の「類推」の意味を見い出すべきであろう(15)。

このようにみてくると、四七八条の適用領域は、判例によって、「弁済」→「証書の持人への払戻し」→「期限前の払戻し」→「預金担保貸付における相殺」→「預金担保貸付そのもの」というように拡大され、もはや四七八条は預金担保貸付をめぐる問題を解決するための万能薬であるかの役割を付与されてしまったといえるのではなかろうか(16)。

2-4 その後の裁判例に対する判例理論の影響

以上のような新たな理論は、一言でいえば、貸付行為自体を払戻しと同視することによって、預金担保貸付に関する諸問題すべてを四七八条の類推適用で処理するというものであって、事実、五九年判決以後の裁判例においては、そのような方向を示すものがすでに現れている。

①最判昭和六三年一〇月一三日判時一二九五号五七頁・金法一二〇五号八七頁（原審は東京高判昭和六〇年七月一九日判時一一六二号三二頁）　これは、A男がX女の総合口座通帳と印鑑を盗み、総合口座の当座貸越制度を悪用して、Y銀行から定期預金を担保に貸付を受けてその払渡しを受けたが、その後Yが相殺したという事例である。原審は、総合口座取引上の当座貸越による払渡しの性質を、普通預金の払戻しではなく、定期預金担保の貸付であるとしたうえで、Aは「貸出しを受けるについての表見有権限者」として四七八条を類推適用しつつ、銀行の注意義務の程度は「普通預金取引における払戻しの場合のそれとおおむね同程度」とし、最高裁は、Yに過失がないとした原審の判断は正当であるとして、上告を棄却した。

②東京地判昭和六二年一〇月二六日判タ六七二号一七四頁　これは、Xの妻Aが、Xを代理してYらとの間で生命保険契約を締結していたが、約款に基づく貸付制度によって、Xの代理人としてYらから金銭を借り入れたところ、この借り入れは、AがXの実印、保険証券を盗用し、Xの委任状などを偽造して行ったものであったという事例である。判決では、Yらの行為は貸主としての消費貸借契約の締結であって弁済ではないから、四七八条の適用はないとしつつ、本件貸付制度においては、貸付の請求があったときはYらにはこれに応じる義務があり、「消費貸借契約の締結は、法的な義務を履行する行為である点で弁済と類似する」として四七八条を類推適用した。

これらは、いずれも、預金者が誰かを誤認したのではないケースにおいて、当該貸付行為自体と払戻しとを同視することによって四七八条を類推適用したものである(17)。たしかに、具体的な事案の解決としての注意義務の程度の問題としては、①判決の場合には、総合口座の当座貸越が実態として払戻しにきわめて近いことから、これに賛成するものが多

いし、②判決のように、貸付義務が肯定できるならば、弁済と貸付とで同程度の注意義務を課すことも妥当であるかもしれない。しかし、理論としては、両判決は、払戻しと貸付との「法的な」類似性を認めた判決として意義を有していくことになるろうし、とくに②判決は、貸付金との相殺によって反対債権が消滅していない場合にも四七八条の類推適用を認めた判決としての意義を有していくことになるろう。このように、今後は、事例としては、貸付行為自体を保護し、理論的には、払戻しと貸付行為との法的な類似性を強調することによって、四七八条を権利外觀理論の範ちゅうにおいて理解する裁判例が増加してくるのではないかと予想される(18)。

2—5 おわりに

本節1—2において、預金担保貸付における四七八条の類推適用論では、銀行が相殺していない段階まではカバーすることができないのではないかということを述べた(19)。しかし、このような予想は崩れ、判例は従来よりももっと四七八条を拡大利用しようとしている。判例が、このような「拡大」を自覚的に行っているとすれば、四七八条のもともとの趣旨からこれを批判してみても、判例にとってはさほどこたえないということになるのであろう。また、前述のように、預金担保貸付をめぐる諸問題を銀行の善意無過失という基準だけで処理することになると、当事者間の具体的諸事情の違いを事案の解決に反映できなくなるのではないかということも指摘したが、この点についても、前出の六三年最判のように具体的事案に応じて善意無過失の程度を変えたり、準占有者の認定で操作したりすることによって、事案の類型化で対応できるということになるのであろう(20)。このような方向は、判例理論の理論としての一般性をどんどん薄れさせるものとはなるろうが、それでもよいとまで言われればどうしようもない。このような判例理論に対しては、もはや、四七八条一條の問題としてではなく、①類推適用という手法の限界はないのかといった点(21)、ないしは②何でも四七八条に取り込んでおいて、あとは具体的事案ごとに処理するという方法そのものの妥当性といった角度からの検討(22)しか残されていないようにすら思われる。

しかし、なお、このような判例理論に対して、ここでは次のような疑問を提示しておくことができるのではなかろうか。すなわち、預金担保貸付、とりわけ貸付自体に四七八条を類推適用しようとするならば、預金担保貸付と払戻しとの経済的な同質性のみならず、「法的」な意味でもそれらが同質であるということと言わなければならないはずである。しかし、このことはいわば矛盾である。というのは、その同質性を言えば言うほど、預金担保貸付というシステム自体が法的には無意味なものであることをいうことになるからである。もし、それでもよいというのなら、預金担保貸付における預金債権と貸付債権の併存という現在の理解の仕方自体を変更しなければならない。そして、定期預金に関しては、預金担保というようなものは実はなく、払戻しのみが問題となると理解しなければな

らなくなる(23)。また、もし、そうではなく、預金担保貸付と払戻しとはやはり異なるのだと言うならば、預金担保貸付には（名目的にせよ）預金を引き出させないという点でメリットがあるのだというよりないであろう。そうだとするならば、「預金を引き出させない」という銀行の利益を「払戻し」に関する規定によって保護するというのは矛盾してはいないであろうか。

このような預金担保貸付に四七八条を類推適用することの矛盾を避ける方法として、免責約款によることが考えられる。免責約款の利用については、従来の貸付＋相殺型のケースに関してすでに主張されてきたところであるから(24)、それをそのまま貸付そのものに利用すればよいとするものである。たしかに、同規定によれば、文言上は何ら払戻しの場合に限定されているわけではない(25)。しかし、これによる場合には、四七八条と免責約款とが同質のものであるという判例・通説を排除しなければ、判例に対していえることがそのままあてはまってしまうであろうし、四七八条とは別のものであるというとするならば、そのようにいう根拠とそういえた場合の免責の根拠とが同時に問われることになるであろう（そしてそれは、一般的な外観理論というよりなくなるのではなかろうか）(26)。

私見によれば、従来より主張しているように、当事者間の事情の違いを法律構成に生かすべきであると考えるので、まず第一に、協力預金、すなわち、出捐者において預金が他人の貸付の担保に供されることをあらかじめ了解しているような場合には、金銭の処分権限がその他人に付与されているといえるので、後述の区別によるまでもなく、銀行の善意悪意に関係なくして銀行が保護されると考える。第二に、出捐者が預金をすることを他人に依頼したところ、その者がその預金を自己のものとして貸付の担保に供したような場合（預金の帰属主体の誤認）には、まさに「他人のものをその人のものと誤認して」担保にとった場合であるので、債権を担保にとったという法律上の建前よりも、金銭を銀行が確保したという実体に即して、銀行が動産質権類似の担保権を善意取得すると考える。そして、第三に、証書を盗むなどして他人が預金者になりすまして預金を担保に供したような場合（貸付先の誤認＝預金者の同一性の誤認）にも、預金が債権であるという建前で考えれば「その人を預金者本人と誤認した」場合ではあるが、銀行はその人がもの（金銭）をもっているからこそ担保にとったのであり、担保に供した者も、自己が領得したものにたまたま他人の名前が書いてあるためにその者になりきっただけのことであるという実体からみれば、第二の場合と同様になるので、やはり善意取得という構成で対応することになる（手形法一六条二項、小切手法二一条参照）。このような構成は、結果において、第二の場合と第三の場合とを区別しないことになり、その点では判例理論と異ならないではないかという批判があるかもしれない。しかし、それは、預金担保貸付において預金の帰属主体の誤認と貸付先の誤認とで共通するのは「金銭をその者の金銭と信じて『担保にとった』」という点であると考えからであって、判例のように、貸付債権と預金債権とが債権として併存するということを前提に置きながら、前者の誤認と後者の誤認とを同視するからではないのである(27)。

- (1) 客観説とは、自らの出捐によって、自らの預金とする意思で、自らまたは使者、代理人を通じて預金契約をした者が預金者であるとする説であり、この説によれば、預入行為者が出捐者の金銭を横領し、自らの預金として預け入れた場合や、出捐者が他人に預金を取得させる目的で預金をした場合のように、特別の事情が存しない限り、出捐者が預金者となる。主観説とは、預入行為者を預金者とする説であり、この説によれば、預入行為者がとくに他人の預金である旨を明らかにしていない限り、預入行為者が預金者となる。折衷説とは、客観説を原則としながら、預入行為者が自己の預金である旨を明示または黙示で表示した場合には、預入行為者を預金者とする説であり、この説によれば、主観説とは逆に、預入行為者が特段の表示をした場合にのみ、預入行為者が預金者となる。

裁判例、文献はきわめて多数にのぼるので、ここでひとつひとつ引用することができない。学説の状況については、星野英一「いわゆる『預金担保貸付』の法律問題」金融法研究三三三頁、西尾信一「相殺に対する民法四七八条の類推適用」『民法の争点Ⅱ』（一九八五年、有斐閣）七四頁所掲の文献を参照されたい。また、裁判例の整理、分析については、高木多喜男「預金者の認定」金法七四七号四頁、七四八号四頁などのほか、第二章第二節 1 参照。

- (2) 前掲、1—5。
- (3) 平井宣雄『債権総論』（一九八五年、弘文堂）一四五頁。
- (4) 星野・前掲注(1)六〇頁。ただし、星野教授自身が判例理論を妥当だと考えておられるわけではなく、たとえば、私見のように、出捐者側の事情、金融機関側の事情によって場合を分けて考えるべきであるとされる点では判例理論と異なる。
- (5) 他方では、条文からのアプローチ、すなわち、民法四七八条の趣旨から判例理論の妥当性を検討する必要があることもいうまでもない。星野・前掲注(1)六〇頁参照。このような方向から判例理論を批判するものとして、池田真朗「判批」判タ五九八号五五頁、同「債権の準占有者に対する弁済」山田卓生他『分析と展開民法Ⅱ』（一九八六年、弘文堂）九五頁。また、民法四七八条の沿革については、沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）七七頁、新関輝夫「フランス民法における債権占有」名法四一号八四頁、池田真朗「民法四七八条論序説」慶院昭和四八年度一九頁参照。
- (6) 沢井・前掲注(5)七七頁、新関・前掲注(5)八四頁、池田・前掲注(5)慶院一九頁参照。
- (7) 我妻栄『新訂債権総論』（一九六四年、岩波書店）二七八頁。
- (8) 篠塚昭次＝柳田幸男「準占有と代理資格の詐称」判タ一三九号四頁、篠塚昭次「代理人資格の詐称と民法四七八条適用の成否」『民法の争点Ⅱ』（一九八五年、有斐閣）七二頁など。
- (9) 四七八条をめぐる議論の展開過程については、第二章第二節 1 参照。
- (10) 相殺時をとるものとして、名古屋高判昭和五二年八月三十一日金法八七四号三〇頁

(ただし、相殺の意思表示をするまでに預金者を調査確認しておくべきであるとするもの)。預金時および貸付時でよいとするものとして、東京地判昭和五五年七月七日金判六一五号三六頁。最判昭和五七年四月二日金法九九五号六七頁は、善意無過失は預金時および貸付時に存すれば足りるとした原判決をそのまま支持しているが、直接このことを明言した最高裁判決はこれまでなかった。

- (11) 本件の評釈として、石井眞司「判批」金法一〇五七号四頁、石外克喜「判批」判例評論三一七号二七頁、加藤雅信「判批」昭和五九年度重要判例解説八三頁、木内宣彦「判批」金判七〇一号四七頁、栗田哲男『民法の基本判例』（一九八六年、有斐閣）一二五頁、鈴木正和「判批」判タ五二四号七四頁、副田隆重「判批」判タ五二九号一九頁、谷啓輔「判批」手形研究三五六号四頁、松岡靖光「判批」ジュリスト八一三号五四頁、吉原省三「判批」金法一〇六八号四頁、石井眞司他「座談会」金法一〇七一号六頁、一〇七二号六頁、一〇七三号二八頁、林部實他「座談会」手形研究三五六号一二頁、三五七号三四頁。その後、本判決を踏襲する最高裁判決として、最判昭和五九年三月三〇日金法一〇五八号四一頁。
- (12) 一審以来、このような違いは争点となっていない。また、本件評釈でも、この点は問題とされていない。木内・前掲注(11)四九頁が、本件では預金者が誰かは前提とされているので、預金者の認定の問題は生じないことを指摘するにとどまる。
- (13) 林部他・前掲注(11)三五七号三七頁（大西武士、鈴木正和発言）は、預金担保貸付がなされる種々のケースを問わず、一律に本判決のように考えてよいとされる。
- (14) 加藤・前掲注(11)八五頁参照。
- (15) 池田・前掲注(5)判タ五九八号五九頁は、「貸付まででは、弁済と同視しうる期限前払戻しと同視しうるはずがない」とされ、判例は預金担保貸付から相殺に至る一連のプロセスに対して四七八条を類推適用しているとされる。実質論としてはそのとおりであるが、理論としては、判例はその先へ進んでしまったのではないかというのが私見の受け止め方である。
- (16) 本判決は、それまでのいくつかの裁判例が用いてきた（本件の第一審もそうである）「四七八条類推適用または免責約款」という構成をも排し、四七八条の類推適用一本の構成をとっている。椿寿夫「民法四七八条の“類推適用”をめぐって」手形研究三八一号五九頁はこの点に注目される。
- (17) ①判決の原審の評釈として、池田・前掲注(5)判タ五九八号五五頁、石井眞司「判批」判タ五六一号六四頁、篠田省二「判批」金法一一一五号一四頁、島川勝「総合口座の盗難と責任」法時五七巻一二号一一二頁、前田泰「判批」法時五八巻九号一一〇頁、松本崇「判批」判タ五六七号五一頁、同「判批」金判七三二号四九頁、廣瀬克巨「判批」判例評論三三二号二七頁、宮川不可止「判批」手形研究三八一号五〇頁、堀内仁他「座談会」手形研究三七二号一四頁。しかし、本文で述べた点については何ら問題とされていない。

- (18) 東京地判昭和五六年一月二九日判時一〇一一号七三頁でも、貸付信託の受益権を担保とする貸付自体に四七八条の類推適用があるかの表現がみられる。ただ、事案としては、差引計算がなされて受益権が消滅している事例である。
- (19) 第二章第二節 1—2。
- (20) 椿寿夫「預金担保」同『民法研究Ⅱ』（一九八三年、第一法規）一八二頁がそのような可能性を示唆している。
- (21) 椿・前掲注(16)五九頁参照。
- (22) 星野・前掲注(1)四五頁以下参照。
- (23) 三宅正男『契約法（各論）下巻』（一九八八年、青林書院）一〇九四頁は、預金担保貸付は払戻しにほかならないとされる。しかし、同教授の前提には、①定期預金でも、銀行には期限前の解約に応ずる義務があること（一〇七五頁）、②したがって、貸付金の弁済期が来るまで預金を継続することを特約する預金担保貸付は、背理であること、そしてその結果、③銀行は期限前でも、預金の解約か預金担保貸付に応ずべき義務があること、という理解がある。しかし、このようにいうことは、現在の銀行実務上は容認され得ないであろう。定期預金の定期たるゆえんが根底から揺らぐからである。
- (24) 前田庸『現代の経済構造と法』（一九七五年、筑摩書房）四二九頁、川村正幸「判批」金判六八六号五四頁（ただし主観説を前提にされる）、副田・前掲注(11)一六三頁、池田・前掲注(5)『分析と展開民法Ⅱ』一一〇頁など。
- (25) 印鑑照合をし、「相違ないものと認めて取扱いましたうえは」となっている。
- (26) 免責約款によるといっても、それだけで問題が解決するわけではないことにつき、椿寿夫「預金取引と免責・責任制限約款」同『民法研究Ⅰ』（一九八三年、第一法規）四六〇頁、平井宜雄『民法の判例〔第三版〕』（一九七九年、有斐閣）一四三頁、加藤一郎「免責条項について」同編『民法学の歴史と課題』（一九八二年、東大出版会）二四八頁参照。
- 三宅・前掲注(23)一一〇一頁は、昭和五九年最判の場合について（他の場合にもそのように解されるわけではない）、免責約款による解決を主張されるが、それには前掲注(23)のように預金担保貸付は背理であるという前提のほかに、証書の持参人は四七八条の準占有者ではないとの理解が前提となっている。また、川村・前掲注(24)五三頁以下によれば、免責約款は、銀行が顧客である真の預金者に対して負う預金契約に基づいた附随義務上での免責であるとされるが、その根拠は、信義誠実の原則を基盤とする保護義務が銀行に課せられるということに求められる。
- (27) 本文中で扱った最判昭和六三年一〇月一三日（総合口座の事例）に関して、次のような評釈・解説が出されている。石井眞司「判批」手形研究四二〇号四頁、同「判批」金法一二一二号四頁、西尾信一「判批」手形研究四二〇号六二頁、同「判批」判タ六八三号三九頁、上野隆司＝石井眞司「判批」金法一二一〇号二八頁、吉原省三「判批」

金法一二一一号四頁。これらによれば、問題は、総合口座の貸越にも四七八条の類推適用があることを前提にして、銀行の注意義務の程度を単純な貸付～単純な払戻しまでの間のどのあたりに設定すべきかにあると考えられており、本文で述べたような貸付と払戻しとの理論的相違などということは、議論の対象外に置かれている。たしかに、判例理論を前提にしつつ実体に即した議論をすれば、議論の方向がそのようになるのは当然の成り行きであり、今後は、預金担保貸付と払戻しとが質的な差ではなく程度の差の問題にすぎないとして議論されることになるであろうことを象徴的に示しているといえる。私見も実体に応じた解決という点では、決してそのような方向に否定的なわけではないが、実体に応じた法律構成という点では、判例のように、預金担保貸付を払戻しではなく貸付であるとしたままで、弁済に関する四七八条を“類推適用、の名の下に利用することには疑問がある”と考えるのである。

3 預金担保貸付と民法四七八条の類推適用の可否

① 最高裁昭和五七年四月二日第二小法廷判決

(昭和五六年(オ)第九四〇号、預金払戻請求事件——上告棄却)

金法九九号六七頁

② 最高裁昭和五九年三月三〇日第二小法廷判決

(昭和五八年(オ)第一三八五号、預金返還請求事件——上告棄却)

金法一〇五八号四一頁

③ 最高裁昭和六三年一〇月一三日第一小法廷判決

(昭和六〇年(オ)第一四〇二号、預金請求事件——上告棄却)

判時一二九五号五七頁、判タ六八四号一七一頁、金法一二〇五号八七頁、金判八〇八号三頁

3-1 判決の要旨

真実の預金者でない者に対する預金担保貸付をするにつき金融機関が相当の注意を尽くした場合には、民法四七八条の類推適用により、金融機関は、その後貸付金と預金との相殺により預金が消滅したことを真実の預金者に対抗することができる。

3-2 事実の概要

①事件 Xは、Aの信用を得るためにA名義で預金をしてくれれば謝礼を払うと持ちかけられ、これに応じて四〇〇〇万円を出捐し、AらとともにY銀行に赴いた。そしてXの立ち会いのもとでAがA名義の定期預金の預入れと預金証書の保護預り手続をした。X

は、保護預り証と届出印を保管していたが、後日Aに印をすり替えられた。Aは、この印を用いてYに預り証紛失届を提出し、この預金を担保に数回にわたって貸付を受けた。その後、定期預金を中途解約の上、合意相殺し、残金の払戻しを受けた。そこでXは、自分が預金者であると主張してYに対して預金の払戻しを請求した。原審は、真実の預金者はXであるが、Aは保護預り証の提示がなかったとしてもなお預金の準占有者と認めることができ、Yは預金時および貸付時に善意無過失であったとして、民法四七八条の類推適用によりXの請求を棄却した。Xが上告し、Yの過失について争った。

②事件 Xは、Aから有利な利息が付くから預金をするよう誘われ、定期預金をすることを依頼して現金四〇〇万円とXの印をAに交付した。ところがAは、Yに対して友人の名義で預金すると告げて、X名義で定期預金をした。預入後、Aは、XにはYが証書を預かると説明して、証書のコピーを渡し、印は返還しなかった。その二日後、Aは、この預金を中途解約し、その一部である二〇〇万円でX名義の別の定期預金をした。同日、Aは、Xに二〇〇万円の小切手を交付させ、これを預金せずに自己の普通預金口座に入金し、Xに対してはあたかも預金をしたかのように装い、先の二〇〇万円の定期預金証書のコピーを渡した。そして、Aは、この預金を担保に貸付を受け、その後Yが相殺した。そこで、Xは、両預金とも自分が預金者であると主張して払戻しを請求した。原審は、真実の預金者はXであるとしたうえ、解約、貸付当時善意無過失であったYは民法四七八条の類推適用により期限前解約と相殺をXに対抗できるとしてXの請求を棄却した。Xが上告。

③事件 X（女性）がY銀行に総合口座を開設していたところ、A（男性）が通帳と印を盗み出し、Yに赴いて定期預金の解約を申し出たが、これを断られると総合口座貸越限度額までの引出しと普通預金の払戻しを請求した。ところがすでに貸越状態になっていたため、Yが全額の支払いは無理だと告げると、Aは「女房のやつ、おろしやがったな」などと言って、結局九〇万円の貸付を受けた。その後Xは、定期預金の満期が到来したので支払いを請求したところ、Yは、九〇万円については相殺すると意思表示をしてこれに応じなかった。そこで、Xは、Yに対してその支払いを請求した。原審は、民法四七八条の類推適用があるとしたうえで、Yが貸越をするにあたって要求される注意義務の程度は「普通預金取引における払戻しの場合のそれとおおむね同程度」として、Yに過失はなかったとした。そこでXが上告し、Yには過失があったと主張した。

3-3 判旨の内容

いずれの事件においても、簡単に、当該事実関係のもとではYに過失がないとした原審の判断は相当であるとして、上告が棄却された。

3-4 学説と判例

一 金融機関が預金者でない者を預金者と誤信して、この者に対して預金担保貸付をし、その後貸付債権と預金債権とで相殺した場合、金融機関はどのように保護されるかという問題について、今日の判例理論は、民法四七八条の類推適用によって、金融機関が当該貸付時に善意無過失であれば、その後の相殺による預金債権の消滅を真実の預金者に対抗できるとする（最三小判昭和四八年三月二七日民集二七卷二号三七六頁、最一小判昭和五九年二月二三日民集三八卷三号四四五頁）。一見すると弁済の規定を相殺に類推しただけに見えるこの判例理論は、実際には、類推適用される問題の側での預金契約における預金者の認定という問題と、類推適用する規定の側での民法四七八条の適用領域の拡大という問題に対する判例の積み重ねの延長線上で確立されたものである。

預金が他人を介してなされたり、無記名・他人名義・架空名義でなされた場合、預金者は誰かという問題につき、判例は、まず無記名定期預金について、客観説（原則として出捐者を預金者とする）を採ることを明らかにし（最一小判昭和三二年一二月一九日民集一一卷一三号二二七八頁）、次いで他人名義（最二小判昭和五二年八月九日民集三一卷四号七四二頁）・架空名義（最二小判昭和五三年五月一日判時八九三号三一頁）についても同様であることを明らかにしてきた。預金者の認定につき客観説に立つと、預入行為者や預金名義人を預金者と誤信して預金担保貸付・相殺した金融機関の保護をどのようにして図るかが問題になる。他方、民法四七八条は弁済に関する規定であるが、判例は、預金者以外の者に対する定期預金の期限前払戻しにつき、これが弁済の前提として預金の合意解約という別の法律行為を含むにもかかわらず、弁済の具体的内容が契約成立時にすでに合意によって確定されているという理由で、同条の弁済にあたるとした（最三小判昭和四一年一〇月四日民集二〇卷八号一五六五頁）。これは、経済的にみればそのとおりかもしれないが、法的には民法四七八条の弁済という要件が解約という別の行為を含む場合にも緩和されたことを意味する。

そしてついに判例は、Xが出捐して無記名定期預金がなされたが、Aがこれを自己ないし自己の会社の預金として預金担保貸付を受け、その後Yが相殺したという事案につき、預金者の認定について客観説によってこれをXであるとしつつ、預金担保貸付・相殺について、実質的には定期預金の期限前払戻しと同視することができるとして民法四七八条を類推適用するに至ったのである（前掲、最三小判昭和四八年三月二七日）。そして、金融機関の善意無過失の判断基準時は、預金担保貸付時であり、相殺時には善意無過失を要しないとする（前掲、最一小判昭和五九年二月二三日。また、それ以前に①判決もある）。

ところで、今日の判例（最一小判昭和四二年一二月二一日民集二一卷一〇号二六一三頁など）・学説上民法四七八条の典型的な場合と解されているのは、同条の沿革とは異なり、Xの預金通帳と印を持参したAに対して金融機関Yが善意無過失で払い戻したというものである。ここでは、AをXその人であると誤信したYの信頼が保護されている。ところが、預金者の認定が問題となる事案は、Xが出捐したにもかかわらず、預入行為ないし預金名義がAであるという場合にYがAという者こそが預金者であると誤信したというものであ

って、Yの信賴の内容が異なっている。もちろん、今日の判例・通説では、準占有者とは、広く債権者らしい外観を有する者と解されているので、この二つの誤信は、ともにAを預金者と誤信したという点で共通し、同様に扱われることになる。しかし、預金者の認定が問題となる事案では、結局Aこそが預金者であるという取扱いを肯認することになるので、判例は、免責の場面で金融機関を保護するという建前を取りつつ、実質的には、客観説による預金者の認定の硬直性を金融機関の善意無過失によって修正していることになる。このように、預金担保貸付・相殺に関する判例理論は、単に民法四七八条の弁済という要件を緩和するだけでなく、預金者の認定に関する客観説と一体となり、これをフォローするものとして機能しているのである。

しかし、判例は、このようにして確立した民法四七八条の類推適用を今日では預金者の認定が問題にならない事案においても用いている。すなわち、XのX名義の定期預金について、AがXになりすまして預金担保貸付を受けたという事例がそうである（前掲、最一小判昭和五九年二月二三日）。ここでは、従来のように預金者の認定について客観説を採る後始末としての民法四七八条の類推適用というのと異なり、客観説と切り離されたところで、独立して同条が類推適用されている。預金通帳と印を持参した無権利者への預金の払戻しが民法四七八条の典型的な場合だとすれば、この場合のほうが事案としてはむしろそれに近く、客観説と結合して同条を利用することのほうが変則的であると言えるかもしれない。しかし、このような事案にも同条を類推適用することは、二つの点で判例理論の拡がりを示すことになった。第一に、盗用のような事案では、預金者の認定が問題となる事案（貸付先が誰かは問題にならない。相殺だけが問題になる）と異なり、金融機関は、預金者が誰かを誤信してはおらず、貸付先が預金者Xであると誤信したにすぎないのである。したがって、ここでの民法四七八条類推適用は、厳密に言えば金融機関による貸付先の誤信を保護する意味を有するものとなっている。判例がこのように預金者の認定に関わる事例（相殺の保護）もそうでない事例（貸付の保護）もともに民法四七八条の類推適用によって処理することからすれば、判例理論のねらいは、弁済と相殺との類似性を説くというよりも、預金担保貸付という仕組み全体（後日の相殺を予定した貸付）を同条によって保護することにあるということができよう。第二に、判例理論は前述のように、預金者の認定と密接な関連を有し、実際には客観説による預金者認定の硬直性をフォローするものとして展開してきた。しかし、客観説を切り離すことによって、真の預金者と金融機関の面前にいる無権利者との間にいかなる事情があろうとも（盗用のように客観説の硬直性をフォローする必要のない、預金者が誰か疑いのない事案についても）、預金担保貸付に関する事例はすべて金融機関の善意無過失という基準で同様に処理するという態度が明確になったといえよう。

以上のように、今日の判例は、無権利者に対する預金担保貸付を、事案の違いを越えて、貸付時における金融機関の善意無過失という基準で一挙に解決している。

二 学説は、以上のような判例理論に賛成するものも少なくないが（川井健「判批」金判三八九号四頁、石井眞司『堀内古稀記念・銀行取引法の研究』（一九七六年、金融財政事情研究会）一三三頁など）、これに反対するものもまた多い。まず、預金者の認定に関する客観説に対しては、契約の当事者は締結された契約を基本として判断されるべきであり、契約上に出てこない出捐者を預金者とするようなことは契約成立の一般理論に反するという批判が根強く存在する（河合伸一「判批」金法一〇四七号六頁、川村正幸「判批」金判八一一号四二頁、三宅正男『契約法（各論）下巻』（一九八八年、青林書院）一〇八八頁以下、石田喜久夫「判批」金判八一六号一頁、安永正昭『石田＝西原＝高木還暦記念・金融法の課題と展望』（一九九〇年、日本評論社）一六一頁など）。そして、原則として預入行為者を預金者とすべきとする説（主観説。預入行為者がとくに他人の預金である旨を明らかにしていないかぎり、預入行為者が預金者となる）、一応出捐者を預金者とするが、預入行為者が自己の預金である旨を明示または黙示で表示した場合には、預入行為者を預金者とすべきとする説（折衷説）などが主張されている。また、民法四七八条の類推適用に対しては、規定の沿革からして現在の判例理論は同条の適用領域を不当に拡大するものであるという批判がある（池田真朗「判批」判タ五九八号五五頁）。そして、判例に代わる法律構成として、表見代理規定の類推適用説、九四条二項類推適用説、一般的な外観理論によるべきとする説、免責約款の弾力的な解釈による説などが主張されている（ただし、これらの見解は、預金者の認定が問題となる事案について主張されてきたものであって、預金証書・印の盗用のような事案についてではない。文献が多数にのぼるので、ここでひとつひとつ引用できない。学説の状況については、星野英一『民法論集七巻』（一九八九年、有斐閣）一六七頁以下、西尾信一『民法の争点Ⅱ』（一九八五年、有斐閣）七四頁、吉田光碩『講座現代契約と現代債権の展望Ⅱ』（一九九一年、日本評論社）二七五頁を参照されたい）。

しかし、判例理論は、預金者の認定問題と預金担保貸付の問題を巧みに組み合わせ、問題を金融機関の善意無過失という基準で一挙に解決し、それによって出捐者・真の預金者と金融機関の利害調整を図ろうという点に重点が置かれている。客観説は民法四七八条による調整を図るための前提にすぎないし（いずれの説によっても預金者を一律に認定できるわけではないという点では、対立自体が相対的なものともいえる。星野・前掲一八四頁参照）、また、民法四七八条の利用は、前述したように、確かに当事者確定問題を免責の規定でフォローするという点、および結果的に預金者と無権利者間の事情の違いを捨象することになるという点において問題があるが、それとて、判例・学説における同条の適用領域拡大傾向の延長線上で、一種の仮託と割り切っているように思われる。したがって、問題は、判例理論によれば問題が妥当に解決できるかどうかにかかっており、その点からして学説による批判は今日決定的なものとなっていないように思われる。そして最近では、学説においても、ここまで判例理論が確定してきた状況をふまえて、事案の具体的解決という点で判例理論を評価ないし肯認する見解が増えつつあるように思われる（平井宣雄『債権総論』（一九八五年、弘文堂）一四五頁、星野・前掲一九四頁）。

三 ①～③の判例は、いずれも、以上のような判例理論に従って判示されたものである。すなわち、①②事件では、いずれも出捐者Xが預金者であるとされたうえ、その後の処理については、③のような盗用の事件も含めて、民法四七八条の類推適用があるとされ、また、金融機関Yの善意無過失は、貸付時に存すれば足りるとした原審が支持されている。

3—5 学理上の問題点

一 判例理論のねらいが、問題を金融機関の善意無過失という基準で一挙に解決し、それによって出捐者・真の預金者と金融機関の利害調整を図ろうという点にあるとすれば、それで十分な利害調整ができるのかこそが問われるべきであろう。法律構成上の問題点はさておき、判例理論に具体的な問題点があるとすれば、それは、利害調整を無権利者Aと金融機関Yとの間でのみ行い、預金者XとAとの間の事情が反映されないのではないかという点である。この点を①～③の事例で検討してみよう。

①事件では、Xは、Aの信用獲得のためにA名義の預金を了解し、預金手続にも積極的に協力している（協力預金ケース）。これに対して②事件は、XがAを信託して預金を依頼し、外形上は依頼どおりに預金がなされたというものである（預入依頼ケース）。さらに、③事件は、XとAとの間には何らの協力、依頼関係もなく、Aによって証書・印が盗用された場合である（盗用ケース）。たしかに、いずれの事件においても、その後のAの行動がXにとって背信的なものであることは言うまでもない。しかし、預金がAのものであるとYが誤信するにつき、①ではXが積極的にその原因を作ったといえるし、②ではAを安易に信託し現金と印を交付しながら、その後の管理が不十分であったという意味でXには責められるべき事由があるといえる。これに対して③は、Xが証書・印を盗まれたのであり、Yの誤信に対する責任は低いといえる場合である。このようなXA間の事情の違いは、Yの保護されるべき要件に何らの影響も与えないというべきであろうか。

二 私見によれば、これらの事情の違いは、問題の解決にとって決定的であるように思われる（第二章第二節1参照。①のようなケースでは、XはAの信用獲得の見返りとして預金が担保に供されることをはじめから了解しているといえるので、Yの善意・悪意にかかわらずYを保護すべきである）。しかし、一步譲って、ここまで確定した判例理論の枠内でこのような事情の違いを考慮するとすれば、二つの方法が考えられよう。

ひとつは、ケースの違いに応じて、金融機関に要求される注意義務の程度に差を設けるという方法である。学説には従来からこのような方向を示唆するものがある（椿寿夫『民法研究Ⅱ』（一九八三年、第一法規）一八二頁、星野・前掲一九三頁、前田泰「判批」法時五八巻九号一一〇頁など。また、そもそも民法四七八条の適用に関して、善意無過失の判断において実質的に債権者側の帰責事由を考慮できるとする見解がある。平井・前掲一四

二・一四五頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（一九九二年、悠々社）五〇四頁。なお、③は、総合口座貸越の事例であり、評釈のほとんどは、この場合の金融機関の注意義務の程度が通常の預金担保貸付と比較してどの程度かという点に集中している。しかし、これは、ここで問題にしているケースの違いに応じた注意義務の程度というのとは別の視点である）。このような見解では、具体的にケースの違いに応じた注意義務の程度が示されているわけではないが、①の協力預金ケースほどそれは低く、②から③にいくに従って高くなるということになろう。実際、①で保護預り証の提示がないのにYが善意無過失とされたのは、このような考慮が働いたためであろう。

事情の違いを法律構成に反映させるもうひとつの方法は、民法四七八条を類推適用するにあたり、要件を加重する意味で真の権利者の帰責性を要求するという方法である（曾根裕夫「判批」北法四〇巻四号二九四頁は、③判決以前は従来判例でも帰責性が実質的には考慮されていたとする）。前述のように、客観説を支持しつつ民法四七八条の類推適用には反対して、民法九四条二項や一一〇条の類推適用を説く見解には、少なくとも預金者の認定が問題となるケース（協力預金ケース、預入依頼ケース）では、出捐者の帰責性が考慮されるべきだとの実践的な主張が含まれているとみるべきであろう。そして最近では、判例理論に反対しつつ、どうしても民法四七八条の類推適用によるというのなら、真の権利者の帰責性を要件とすべきだとの主張が現れている（池田真朗「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科編』（一九九〇年、慶應義塾大学法学部）三一五頁。これは、四七八条を権利外観保護法理の現れと解する立場から債権者の帰責性を要求する説とは異なる）。裁判例においても、協力預金ケースに近いと思われる事案で、民法四七八条だけでなく民法九四条二項に併せ言及して金融機関を保護したものもみられる（東京高判平成三年三月二〇日判時一三八八号五〇頁）。これらは、いずれも預金担保貸付の場合に真の権利者の帰責性を法律構成に生かそうとする点では一致している。

以上の二つの方法のうち、いずれが具体的に妥当であり、かつ法律構成上も無理がないかは容易に判定しがたいが、判例のように民法四七八条の仮託に依拠するかぎりでは、第一の方法を採りつつ、ケースを類型化して、金融機関に要求されるべき注意義務の程度をケースごとに明確化するという方向が無理が少ないということであろう。

3-6 実務上の留意点

一 実務上、以上の判例理論と預金の免責約款（定期預金規定六条、総合口座取引規定一条）との関係が問題になる。これは証書・払戻請求書・印鑑等を相当の注意をもって確認した場合には金融機関が免責される旨を規定したものである。しかも文言上は、払戻しの場合に限定されず「取扱い」すべてを免責するという表現になっているので、これを弾力的に解することによって預金担保貸付の場合も含むと理解することが考えられる（川

村・前掲など)。しかし、判例・通説によれば、免責約款は民法四七八条の注意義務のひとつの具体化にすぎず、これに従ったからといって他のすべての点で免責されることにはならないことに注意すべきであろう。

二 ただ、CD取引については、無権利者に対する払戻しや貸越の場合に、民法四七八条によって金融機関に善意無過失を要求してみても、当該取引の場面に限って見れば、相手が機械である以上、過失があるとされる場合はほとんどなくなり、同条による利害調整は形式的なものとなってしまう。このため学説には、CD取引に民法四七八条はなじまないとして、民法四八〇条によるべきとする見解（石井眞司「判批」金法一二二六号五頁）や免責約款（カード規定一二条）によるべきとする見解（西尾信一「判批」金法一〇〇〇号一一〇頁）がある。判例でも最近、無権利者に対する払戻しにつき免責約款により免責されるとしたものがある（最二小判平成五年七月一九日金法一三六一号二九頁、同一三六九号六頁）。しかし、CD取引における金融機関の注意義務は、カード利用の申込み段階から広くシステム全体の安全性について判断され则认为するならば、この場合も民法四七八条の傘の中に含まれると解することもできよう（林良平「判批」金法一二二九号一五頁、近江幸治「判批」手研四二九号八頁、吉田・前掲二九九頁。また、その後の判例として、最三小判平成一五年四月八日民集五七卷四号三三七頁がある）。

〈評釈として以下のものがある。〉

①の原審について。

中馬義直「判批」ジュリスト八一三号九四頁。

③判決について。

富越和厚「判批」ジュリスト九二七号七一頁、石井眞司「判批」金法一二一二号四頁、同「判批」手形研究四二〇号四頁、同「判批」判タ六九〇号一一頁、石田喜久夫「判批」法時六一卷七号一三四頁、川村正幸「判批」金判八一一号四三頁、曾根裕夫「判批」北法四〇卷四号二八五頁、谷啓輔「判批」民商一〇〇卷三号五一七頁、西尾信一「判批」手形研究四二〇号六二頁、同「判批」判タ六八三号三九頁、同「判批」私法判例リマークス一七九頁、松本恒雄「判批」法セミ四一八号一一四頁、吉原省三「判批」金法一二一一号四頁。

4 生命保険会社の契約者貸付と民法四七八条の類推適用

最高裁第一小法廷平成九年四月二四日判決——上告棄却

（平五（オ）一九五一号、債務不存在確認請求事件）

民集五一卷四号一九九一頁、判時一六〇三号六九頁、判タ九四一号一二六頁、金判一〇二二号三頁、金法一四九〇号五六頁

4—1 判決のポイント

本件では、①生命保険の契約者貸付で、②保険契約者の詐称代理人に対する貸付であっても、民法四七八条が類推適用され、③その貸付が有効になる、とされた。②については、預金担保貸付をめぐって判例の集積がある。①③については、これまで下級審判決はあったが、最高裁判決はなかった。また、全体としては、預金担保貸付を典型とする金融商品担保貸付に対する民法四七八条類推適用の拡大に関する集大成的判決である。

4—2 事案

昭和五二年、Xは、Y保険会社との間で、Xを保険契約者兼被保険者、保険金額八〇〇万円、保険金受取人をXの妻Aとする生命保険契約を締結した。この契約の約款には、保険契約者は、契約者貸付制度に基づいて解約返戻金の九割の範囲内でYから貸付を受けることができ、保険金または解約返戻金の支払いの際に貸付金の元利金が差し引かれる旨の定めがあった。昭和六一年、Aは、Xの虚偽の委任状、保険証券、Xの印鑑等をYに持参し、Xの代理人であると称して、この契約者貸付制度に基づき二七万円余りの貸付を受け、貸付金がX名義の預金口座に振り込まれたところ、Aはこれを引き出し、その大部分を家計のために支出した。平成二年、XはAと離婚したが、その頃、Yから送付された貸付金の払込通知票によってAがYから金銭を借り入れたことを知り、貸付を否認する旨の書面をYに送ったが、その後平成四年に保険の満期が到来したため、Yは、満期保険金から貸付の元利金を控除してXに通知したところ、Xは、借入は無権代理行為によるもので無効であると主張して、Yに対して債務の不存在確認を求める訴えを提起した。第一審（東京地判平成四年五月七日金判九三八号四一頁）は、民法一一〇条の表見代理の成立を認めてXの請求を棄却したが、原審（東京高判平成五年七月二〇日金判九三八号三七頁）は、表見代理の成立を否定しつつ、民法四七八条を類推適用して、Yは貸付債権と保険金請求権または解約返戻金請求権との相殺をもってXに対抗できるとした。そこで、Xは、貸付を弁済と同視することはできない、またYには過失があると主張して上告した。

4—3 判旨

上告棄却。「右のような貸付けは、約款上の義務の履行として行われる上、貸付金額が解約返戻金の範囲内に限定され、保険金等の支払の際に元利金が差引計算されることにかんがみれば、その経済的実質において、保険金又は解約返戻金の前払と同視することができる。そうすると、保険会社が、右のような制度に基づいて保険契約者の代理人と称する者の申込みによる貸付けを実行した場合において、右の者を保険契約者の代理人と認定するにつき相当の注意義務を尽くしたときは、保険会社は、民法四七八条の類推適用により、

保険契約者に対し、右貸付けの効力を主張することができるものと解するのが相当である。」

4—4 先例・学説

一 本判決は、生命保険約款に基づく契約者貸付と民法四七八条の類推適用に関する初めての最高裁判決ではあるが、その説くところは、これまでの預金担保貸付をめぐる判例の集積を前提として、それらを取りまとめたものにほかならない。すなわち、本件における問題点は、①生命保険の契約者貸付、②詐称代理人、③貸付行為そのもの、という点について四七八条の類推適用があるかであるが、このいずれについても最高裁の態度は確立しているかまたは当然に予想されるものであった。

二 生命保険の契約者貸付と四七八条との関係について、これまで最高裁判決はなかったが、すでに指摘されているように、大判昭和一〇年一〇月一日新聞三九〇四号一〇頁と、東京地判昭和六二年一〇月二六日判時一二九八号一二六頁とがあった。前者は、偽造証書を用いて保険契約者になりすました者に対して契約者貸付をしたという事案であり、真の契約者からの解約返戻金返還請求に対して保険会社が相殺を主張したところ、このような者も四七八条にいう準占有者にあたるとして同条がそのまま適用された事例である。ただし、契約者貸付に四七八条を適用できるのかという点については主たる争点とはなっていなかった。他方、後者は、保険契約者の詐称代理人に対する契約者貸付の事例であるが、解約前の貸付金債務不存在確認請求であるため、保険会社は相殺を主張できないという事情があった。しかし判決では、契約者貸付制度に基づく貸付は、約款上の法的義務を履行するという点で弁済に類似し、しかも経済的実質において保険金または解約返戻金の前払いにほかならないとして、四七八条が類推適用された（貸付そのものに対して四七八条が類推適用されたという点が注目できるが、これについては後述する）。なお、無権利者に対する保険契約の解約返戻金の支払いに四七八条が適用されることは、上記の二判決とも当然の前提にしているが、事例として現れたのは、熊本地玉名支判平成四年二月一四日判時一四四二号一三九頁が最初である（大澤康孝「判批」ジュリスト一〇八号一〇八頁参照）。以上の判決を前提にするならば、契約者貸付と保険金ないし解約返戻金の返還をめぐる争いは、預金担保貸付と同様、四七八条ないしその類推適用の場面であると考えているのが以前からの裁判所の態度であったといえるであろう。

他方、学説では、契約者貸付の法的性質をめぐる、保険金ないし解約返戻金の前払いとみる説、相殺予約付の消費貸借であるとする説、一元的にいずれかと決めつけるべきでないとする説が主張されているようである（詳しくは、角田威「判批」生命保険経営四八巻二号五四頁以下、副田隆重「判批」私法判例リマークス一〇号三三頁参照）。ただ、前払い説的に解すれば、その法的性質は弁済に接近し、消費貸借説的に解すれば、預金担保貸

付に接近するにすぎず、いずれの説を取るとしても、議論が預金担保貸付の法的性質をめぐる議論の「はば」よりも外へ出ることはないであろう。

三 詐称代理人が四七八条の準占有者にあたるかという問題については、これまでに判例・学説上詳細な議論がなされてきている。概略的にいえば、四七八条は、元来は、債権者が死亡した場合の表見相続人とか、無効な債権譲渡があった場合の債権譲受人のように「最初は誰が債権者か分かっていたが、その後分からなくなった」状況下での債務者保護を目的としてきた。しかし判例は、債権証書の持参人（最判昭和四一年一〇月四日民集二〇巻八号一五六五頁など）や、債権者の詐称代理人（最判昭和三七年八月二一日民集一六巻九号一八〇九頁）のように、「債権者が誰かははっきりしている」場合でも同条の準占有者にあたるとしてきた。また、金銭の出捐者と預金名義人・預入行為者が異なる場合について預金者は出捐者であると認定するとともに（客観説）、名義人・預入行為者を準占有者にあたるとして金融機関を保護してきた。これは「最初から債権者が誰かを間違えている」場合である。そして、これらすべての場合を含む準占有者概念は、今日では「外観上正当な弁済受領権限があるように見える者」という広い意味で理解されている。預金担保貸付・相殺の場面でも、金銭の出捐者と預金名義人・預入行為者が異なる場合（最判昭和四八年三月二七日民集二七巻二号三七六頁、最判昭和五七年四月二日金法九九五号六七頁など）、他人が預金者になりすました場合（最判昭和五九年二月二三日民集三八巻三号四四五頁）、他人が預金者の詐称代理人であった場合（最判平成六年六月七日金法一四二二号三二頁）を区別することなく、これらの者を準占有者であるとする判例が出そろっている。本判決も、この最後の場合に属する事例である。

四 貸付行為それ自体に四七八条を類推適用できるかという点については、本判決はこれを肯定した最初の最高裁判決である。しかし、その結論は、これまでの判例の積み重ねの上に立った「確認的」なものであるといえる。すなわち、判例は、預金担保貸付に関して、まず、定期預金の期限前解約とそれに基づく払戻しが全体として弁済にあたりし（前掲、最判昭和四一年一〇月四日）、次いで、預金担保貸付をして相殺した場合についても、これが貸付という新規の法律行為を含んでいるにもかかわらず、一連の行為全体としてみれば経済的には預金の払戻し、すなわち弁済に類似しているとして四七八条を類推適用してきた。さらに、判例は、この「一連の行為」という捉え方によって、弁済と相殺という債務消滅時点での類似性を説くのではなく、預金担保貸付という仕組みそのものが弁済に類似するとして構成する方向へと進み、金融機関の善意無過失の判断基準時は、相殺の時ではなく貸付時でよいとして（前掲、最判昭和五九年二月二三日など）、金融機関の実務の実体に配慮してきた。あとは、貸付の後に相殺が行われたか否かにかかわらず、貸付そのものが保護の対象であることを「確認」するための事例が登場することを待っているという状況にあったのである。下級審では、前述のように、本件と同様に生命保険の契約者貸

付に関して、すでに、前掲、東京地判昭和六二年一〇月二六日が、未だ相殺がなされていない場合にも四七八条の類推適用を肯定していた。また、本件は、実際には保険の満期が到来し、差引計算がなされている事案であるが、原審は、相殺に対して四七八条が類推適用されるという表現を用いつつ、傍論で、仮に相殺がなされていなくとも貸付債権が存在することを主張できると判示していた。本判決が以上のような判例の流れの延長線上にあることは疑いない。

4—5 評論

一 原審および本判決に対しては、多くの解説・評釈がある（原審について、潮見佳男「判批」阪法四五卷一号一六一頁、副田・前掲三〇頁、本判決について、池田真朗「判批」判例評論四六八号三一頁、千葉恵美子「判批」法時七〇卷二号九七頁、西尾信一「判批」手形研究四二四号五二頁、同『銀行取引の法理と実務』（一九九八年、日本評論社）七〇頁、吉田光碩「判批」判タ九五五号九三頁、最高裁新判例紹介・法時六九卷一〇号一一二頁、孝橋宏「判批」ジュリスト一一二〇号九七頁、中舎寛樹「判批」法教二〇七号九六頁）。しかし、これらで指摘されている論点は、本件のような事例の処理は、四七八条の類推適用によるべきか、または表見代理の規定によるべきかという一点に絞られている。ただ、四七八条の類推適用という構成を批判する場合でも、前述の論点のうちいずれを重視するかによって、すなわち、「詐称代理人」である点を重視するか、「貸付行為」である点を重視するか、はたまた「契約者貸付の特殊性」を重視するか（本件貸付は弁済に近いが、預金担保貸付は同様にはいえないとするもの。副田・前掲三三頁）によって若干ニュアンスの違いがある（最終的に相互に関連しているのは当然である）。判例は、これまでこれらの論点をことごとく四七八条のほうに引き付けて理解してきた。本判決をもって、戦前から続く四七八条の適用領域と類推適用の拡大に関する判例理論は一応の完結を見たと考えられる。しかしその背景には、とくに個人を対象とした金融取引の大量化、没個性化が進む中で金融機関を保護しなければならないという要請があった。こうしたある意味では特殊な要請に応えるための理論が確立した今、この理論がその特殊な背景を無視して一人歩きをしないためにも、ここでもう一度四七八条に関する判例理論の意義と限界を見極めておくべきであろう。

二 表見代理構成によるべきであるとする主張が第一の根拠とするところは、詐称代理人は四七八条の準占有者ではないと解すべきだというものである（池田・前掲三五頁）。たしかに、前述のように、判例は、四七八条の元々の意味を無視し、債務者が何を誤認したのかによる区別を排して、準占有者概念を際限なく拡大させてきた。しかし、他方では、学説の多数もまた、今日では、預金通帳と印鑑の持参人を準占有者の典型と見るように、判例のこのような流れをこれまで是認してきたのであって、ここではじめて債務者の誤認

の種類を問題視し、詐称代理人だけが準占有者ではないと主張するのではつじつまが合わないであろう。もしここで詐称代理人は準占有者ではないということを貫くならば、判例による準占有者概念拡大のすべてを否定すべきである。私見によれば、本来ならばそのような方向が正当であると考え、池田教授は、このような点を見極められたうえで、特別立法の必要性を説かれているが（池田・前掲三五頁参照）、それだけでは、四七八条は今や変化したとの機能論的な主張には対応しきれないであろう。判例は、預金取引や保険取引ではこういった区別をする必要がないとの実質判断をしているのであるから、これを批判し否定するためには、何故区別をする必要がないと考えているのか、その根拠こそが問われなければならない。

三 表見代理構成によるべきであると主張される第二の根拠は、預金担保貸付にせよ契約者貸付にせよ、問題の行為は貸付という新規の法律行為であって、約款上の義務があるということはこのことを無視してよい理由にはならず（その前に誰に貸すかが問題になるから）、弁済という既存の契約に基づく履行行為の範ちゅうでは捉えきれないというものである（潮見・前掲一七五頁以下、千葉・前掲一〇〇頁以下）。逆に言えば、法形式上は、新規法律行為のかたちをとっていても、その実質において履行行為の範ちゅうで捉えられる場合（期限前解約に基づく支払請求、総合口座貸越による自動貸付のような場合）ならば、四七八条で処理してよいということになる。たしかに、どこまでが履行行為なのかという点では、論者により微妙な違いがあり（たとえば、潮見教授は基本的には預金担保貸付すべてを、千葉教授は預金担保貸付のうち権利創設型のものをこれにあたらないといわれる）、判例との違いは価値判断の違いにすぎないではないかとの反論がありうる。しかし、このような主張の基礎には、表見代理における「本人の帰責性」の存否の判断が四七八条構成では欠落してしまうという考慮があり（池田教授がどうしても四七八条によるというなら帰責性を要件とすべきであると主張されるのもこの意味である）、この点こそが重要である。したがって、貸付行為であっても四七八条で処理すべきであるという判例理論は、この点から見れば、預金担保貸付・契約者貸付では本人の帰責性を問う必要はないとの実質判断を示していることになるので、その根拠こそが問題とされるべきである。

四 上述してきたように、預金担保貸付・契約者貸付をめぐる問題において、たとえ詐称代理人であっても、また新規の貸付行為であっても、四七八条で処理すべきであるとする判例理論が妥当か否かは、なぜ本人詐称か詐称代理人かを区別する必要がないと考え、また、本人の帰責性を問題とする必要がないと考えているのか、判例自身の考える実質的根拠に遡って検討しなければ判断できないということになろう。帰責性という点については、これまで判例で数多く問題になってきた事例（預金者の認定が問題となる事例）では実際には預金者本人に帰責性があることが多かったとの指摘がある（千葉・前掲九九頁など）。しかし判例は、前掲の最判昭和五九年二月二三日によって、預金者認定が問題になら

ない場合にも四七八条を類推適用するという道をすでに選択している（中舎寛樹『民法判例百選Ⅱ〔第四版〕』（一九九六年、有斐閣）八五頁、同『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）七七頁参照）。このような状況の下では、判例は、本人に帰責性があるうとなかろうと、それを問題にする必要はないとしていると解するよりない。

思うに、判例が上記の点について考慮を要しないとしていることは、預金担保貸付・契約者貸付が、誰との間の行為かという「行為の名義」にも、また、いかなる種類の行為かという「行為の法的性質」にもこだわらない行為であるとの判断をしていることを意味する。そうだとすれば、あとは当該行為の目的物である「金銭」に判例は注目していると捉えるよりほかないのではなかろうか。すなわち、預金契約、生命保険契約などの今日の大量化・没個性化した金融取引は、誰となら取引するが誰とならないというよりも、金銭を持っている者ならば誰とでも取引するという即物的な取引であるという点に特徴がある（このように名義にこだわらない、あまりにも実質重視の金融取引がわが国で蔓延していること自体には問題があるが、ここでは扱えない）。判例が四七八条の準占有者の範囲を広げてきたことは、金融機関にとっては預金契約時に預金者が誰であるかよりも、金銭支払時に所定の手続きに則っているかにさえ注意していればよいということを意味してきた。また、預金担保貸付・契約者貸付についての四七八条の類推適用は、金融機関が債務者であると同時にその対象となる債権を引当てに貸付をするという、指名債権債務関係ゆえの法的二重構造の制約の下で、金融機関がいったん手中にした金銭を支払うという、預金の支払いと同様の即物的な実体に対応したものであった。このように、判例は、債権者が誰か分からないという、指名債権では異常な事態のための例外的保護規定である四七八条を、即物的であるがゆえに債権者が誰であるかに関心が払われていない取引のために利用してきたのではなかろうか（動産取引において、誰から買うかに関心が払われないのと類似している）。具体的には、預金担保貸付・保険契約者貸付での預金者・保険契約者と金融機関との利害の対立は、それが元の預金契約ないし保険契約の範囲内で生ずるものである限りにおいては、その消滅の最大範囲である解約・払戻しに際して要求される注意義務以上のものを金融機関に課す必要はなく、貸付時における善意無過失という基準のみで調整するのが妥当という判断が存在しているように思われる。四七八条の類推適用がこのような預金取引・保険契約者貸付の特殊性に基づくものと解するときは、誰が契約の相手方であるかが重視される一般の金銭消費貸借取引にこの法理を援用することはできないというべきである。代理人が法律行為をしたときは誰が契約の当事者になるかを重視し、詐称代理人の場合には本人の帰責性と相手方の善意無過失とを基準として利害調整しようというのが民法の明確な態度であり（表見代理、無権代理）、たとえ類推適用という手法によっても、この体系的整合性上の限界を超えることは許されないというべきであろう（第三章第二節4参照。また、千葉恵美子「預金担保貸付と民法四七八条類推適用の限界」山畠＝五十嵐＝薮先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅱ』（一九九七年、信山社）二二頁以下が表見代理と四七八条との適用場面の峻別の必要性を説くのはまさに正当である。ただ、預金担

保貸付でも弁済に類似しないような権利創設型預金担保貸付は表見代理で処理すべきとするが、一般の金銭消費貸借ではなく預金担保貸付で実際にそのような例はほとんどないのではなかろうか)。

さて、以上のように理解した上で、詐称代理人に対する預金担保貸付・契約者貸付についての判例理論をどう評価すべきであろうか。私見によれば、前述のように限定的な意味では、判例の掲げる具体的な判断基準は、それなりに合理性があるもののように思われる(すべてを表見代理へ送ったとしても、かえって本人の帰責性の有無によって金融機関が勝つか負けるかが偶然的になってしまうという言い方もできよう。預金者の認定が問題になるケースのように、帰責性があるときは、むしろ金融機関の注意義務を軽減してよい)。ただし、判例がこのような特殊な場面でのみ妥当性を有する理論を確立するために、四七八条一般の要件を拡大する方法を取って、四七八条の解釈だけでなく、表見代理など他の表見法理との整合性をあいまいにしてしまった責任は重いといわざるをえない。しかし、もともとの四七八条に戻るべきであるといってみても、類推適用だけでなく、その基礎になっている本来の適用の場面までを含めて限定的な解釈に戻ることに抵抗があろう。四七八条は、今日、類推適用の場面を除いても、弁済に係わる事例を包括的に扱う規定として実際に機能しているからである。四七八条は弁済に限った規定であるという今日確立している枠は維持しつつ、せめてここでの類推適用については、判例が考慮したいと考えたであろう実体、すなわち、物的な取引という点に注目して、直截に、(動産質権類の)担保権の善意取得(民法一九二条。手形法一六条二項、小切手法二一条参照)という構成を取り、これ以上四七八条の解釈を混乱させるべきではないのではなかろうか。

第三節 預金取引の二重構造

1 預金取引における物権と債権の交錯

1-1 はじめに

預金取引をめぐる法律問題について、判例・学説上の議論が錯綜して久しい(1)。まず、他人を通じて預金が預け入れられた場合に、その預金者は誰かという問題がある(預金者の認定)。判例は、原則として出捐者説を維持しているといつてよいと思われるが(2)、例外的に業務専用口座では、口座名義人を預金者と認定している(3)。しかし学説では、出捐者説は契約の基礎理論に反するという批判が根強く(4)、業務専用口座については諸説に分かれている(5)。また、出捐者説を前提に、預入行為者または預金名義人に預金を払い戻した金融機関の免責をどのようにかはるかという問題がある。これについて判例は、民法四七八条を適用している(6)。そしてその延長線上で、預金担保貸付の事例では、同条を類推適用している(7)。しかしこれら一連の四七八条の適用・類推適用には、学説上、全面的にま

たは部分的に根強い反対がある(8)。他方、誤振込の事例では、判例は、誤振込の受取人を預金者であるとし、受取人からの預金払戻請求を原則として認め、振込依頼人から金融機関に対する不当利得返還請求を認めない(9)。しかしこれについても、学説では議論の收拾がつかない状況にある(10)。このように、預金者の認定と金融機関の免責に関する諸問題すべてについて、判例と学説、また学説相互間がことごとく対立し、判例上、多くの事例判決だけが順次積み重ねられている状況にある。このような状況が理論的、金融実務的に望ましいものでないことは明らかである。

私見によれば、このような議論の対立、閉塞状況は、預金が財貨としての金銭それ自体の預託という物権的な側面と、それが法律上は返還請求権についての契約として構成されるという債権的な側面を併有するという特殊性から生じている。しかし、これまでの判例・学説は、紛争事案ごとに、また論者ごとにこの両側面のいずれかの側面を強調し、その観点から当該預金の法的性質論を展開しているために、議論の共通の基礎が確立されておらず、議論がかみ合っていないように思われる。そこで以下では、預金取引の特殊性から判例理論の意義と問題性を明らかにし、預金取引に関する諸問題を包括的に解決することができる一貫した法律構成を試みたい。

- (1) 以下の検討は、錯綜した問題状況において展開されている各説を整理・分析し、その問題点を把握した上で、あるべき方向を見い出そうとするものではなく、これまで、預金取引をめぐる各論的な諸問題について紛争場面ごとに私見を展開してきた者として、その理論的基礎がどこにあるかを示すことに主眼を置いている。このため、従来の膨大な文献や裁判例を引用することはできないし、以後の検討においても、引用は以下の展開に必要な不可欠なものに限り、すべての関連文献を引用できない。これらについては、これまですでに著されている優れた研究を参照されたい。たとえば、民法四七八条に関する判例の展開過程については、河上正二「民法四七八条」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（一九九八年、有斐閣）一六五頁以下、学説については、岩原紳作＝森下哲朗「預金の帰属をめぐる諸問題」金法一七四六号二四頁、とくに誤振込については、菅原胞治「原因関係を欠く振込取引の効力（上）（下）」銀法五一五号二六頁、五一六号三八頁、同「振込理論はなぜ混迷に陥ったか①～③（完）」銀法六七〇号一八頁、六七一号一六頁、六七三号三八頁、松岡久和「判批」ジュリスト一一一三号（平成八年度重要判例解説）七三頁、森田宏樹「振込取引の法的構造——『誤振込』事例の再検討——」中田裕康・道垣内弘人編『金融取引と民法法理』（二〇〇〇年、有斐閣）一二三頁、大坪丘「判批」最高裁判所判例解説民事篇平成八年度（上）三六四頁、岩原紳作「預金の帰属——預金者の認定と誤振込・振り込め詐欺等」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論（下巻）』（二〇〇七年、商事法務）四二一頁など参照。

- (2) 最判昭和三二年一二月一九日民集一一卷一三号二二七八頁（無記名定期預金）、最判

昭和五二年八月九日民集三一巻四号七四二頁（他人名義）、最判昭和五三年五月一日判時八九三号三一頁（架空名義）など。

- (3) 保険代理店が契約者から収受した保険料を保管するために代理店名義で開設した普通預金口座につき、最判平成一五年二月二一日民集五七巻二号九五頁、また、弁護士が受任事務処理のために弁護士名義で開設した普通預金口座につき、最判平成一五年六月一二日民集五七巻六号五六三頁。
- (4) 代表的なものとして、安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田・西原・高木還暦記念論文集『金融法の課題と展望』（一九九〇年、日本評論社）一八〇頁。
- (5) 専用口座の預金者認定に関する学説については、中舎寛樹「判批」私法判例リマックス二九号二二頁、加毛明「預金債権の帰属」中田・潮見・道垣内編『民法判例百選Ⅱ債権〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）一四四頁参照。
- (6) 最判昭和四一年一〇月四日民集二〇巻八号一五六五頁。
- (7) 最判昭和四八年三月二七日民集二七巻二号三七六頁、最判昭和五九年二月二三日民集三八巻三号四四五頁。
- (8) 池田真朗「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇（一九九〇年、慶應義塾大学法学部）三一五頁など。
- (9) 最判平成八年四月二六日民集五〇巻五号一二六七頁。
- (10) 森田・前掲注(1)、岩原＝森下・前掲注(1)、岩原・前掲注(1)参照。

1－2 預金取引の特殊性

預金取引が二当事者間で行われる場合には、金銭に関する物権的な側面と預金債権という債権的な側面が預金契約の中に吸収されるので、両者の側面の対立は顕在化しない。両側面の対立は、他人の財貨を第三者に預託するというように、三当事者が存在し、この両側面が人的に分離する場合に端的に現れる。これは、取引の目的である財貨が有体物または金銭である場合との比較において明らかになる。

(1) 有体物

有体物取引が二当事者間で行われる場合には、たとえば、AがBに有体物を寄託した場合に明らかなように、Aが目的物の所有者であるという物権とAが契約上目的物の返還を請求できる債権者であるという債権の帰属は人的に分離せず、Aが返還請求権を有することで問題がない。しかし、Aの所有する有体物について、Bがこれを自己の所有であるとしてCに寄託した場合には、これら三当事者間の法律関係は、債権関係と物権関係が併存しつつ、人的に分離されたものとして構成される。すなわち、寄託者Bと受託者Cとの間では寄託契約が成立し、BはCに対して寄託契約に基づく返還請求権を有する。しかし同時に、Aは寄託物の所有者として、占有者であるCに対して所有権に基づく返還請求権を

有する。

この基本的な法律関係は、A・B間にどのような関係があるかによって異なる。すなわち、①BがAに無断で寄託した場合には、他人物の寄託であり、Cは、B・C間の寄託契約の有効性を主張してもAの返還請求を拒絶することはできない。これに対する例外は、CがAに対抗できる物権を取得している場合、すなわち、B・C間で質権が設定されていた場合にCが民法一九二条に基づき質権を即時取得する場合のみである。また、②AがBに目的物の寄託を依頼した場合でも、BがAの代理人としてまたは処分授權によりAのために寄託契約を締結したとしてA・C間で債権関係が成立すると解される場合以外は、A・C間に直接の契約関係は生ぜず、法律関係は原則として①と同様になる。これに対する例外は、A・B間でBが所有者であるとの権利外観を作出したことをとらえて通謀虚偽表示または虚偽表示類似の関係にあると解することができる場合に、民法九四条二項に基づきAが善意の第三者Cに対して所有権に基づく返還請求権を主張できない場合のみである。

このように、他人の有体物取引における所有者Aと、契約上の債務者である占者者Cとの関係は、物権関係であることが基本であり、Aの返還請求が認められることを原則とし、例外は、CがAに対抗できる物権を有しているか、A・B間の関係に従ってAの権利主張が制限される場合のみである。これが有体物の他人物取引の基本的な法律関係である。

(2) 金銭

これに対して、目的物が金銭である場合には、金銭所有権の特殊性のゆえに、取引が二当事者間で行われる場合だけでなく、他人の金銭について三当事者間で取引が行われた場合でも、金銭に対する物権的な追及権が発生せず、原資たる金銭の返還に関する法律関係はすべて債権関係で処理される。たとえば二当事者間で、Aの金銭についてBに占有移転した場合、金銭の所有権はBに移転し、Aは、A・B間の原因関係に基づき、また原因関係がない場合には不当利得として、債権的な返還請求権を有する。また、三当事者間で、Aの金銭をBが自己の金銭であるとしてCに交付した場合でも、金銭の所有権はAからBへ、BからCへと順次移転し、原資の返還関係は、債権関係としてのみ処理される。

したがって、①B・C間の法律関係は、BからCへの金銭交付が金銭消費貸借契約など原因関係に基づく場合にはその契約に従い、また弁済無効など原因関係を欠く場合には不当利得として、BがCに対して債権的な請求権を有するものと構成される。また、②A・B間の法律関係についても、A・B間に何らかの債権的請求権を基礎づける関係があれば、それに従い、AがBに対して債権的な請求権を有する。③しかしA・C間では、原則として法律関係は発生せず、例外的にA・B間で不当利得返還請求権が発生する場合で、Cに利得が生じており損失と利得の因果関係があり、かつCが悪意または重過失であれば、AのCに対する不当利得返還請求が肯定されるのみである(11)。

このように、他人の金銭に関する取引におけるAとCとの関係は、物権関係および債権関係がともに発生しないことが基本であり、原則としてAのCに対する金銭返還請求権は

発生しないが、例外的に、Cに利得がある場合に、債権的な不当利得返還請求権が認められるにすぎないものとして処理される。これが、金銭が他人により処分された場合の基本的な法律関係である。

(3) 預金取引

預金取引は、金銭を目的とする取引であるから、金銭所有権の法理に従えば、法律関係は、すべて債権的關係としてのみ処理されるはずである。たとえば、Aの金銭をBがC金融機関に預金した場合、Cに対して契約関係に立つのはBであり、その払戻請求権を有するのはBであることになる。ただし、例外的に、A・B間で不当利得返還請求権が発生する場合で、Cに利得が生じており損失と利得の因果関係があり、かつCが悪意または重過失である場合にのみ、AはCに対して不当利得返還請求権を有することになる。

しかし、預金取引には、大量・同種・反復の取引であるという性質から、通常金銭取引とは異なる特徴がある。とくにわが国の普通預金、定期預金は、(少なくとも最近までは)貯蓄型の預金であり、それを支払資金とした当座勘定を前提としていないために、預金の個性に対する金融機関の関心が低く、以下のような傾向が顕著である。すなわち、①第一に、預金の預け入れ段階では、通常、金融機関は誰が契約の相手方であるかという個性に応じて契約が締結されることはない。預金契約が締結されるのは、契約の申込みをする者の個性を信頼するからではなく、申込みをする者が預金の原資となる金銭を所持するからであり、預金名義には原資の所持人であることを示すという意味しかない。これは、取引の目的物としては、有体物である動産取引に近い特徴である。②第二に、預入後、預け入れられた金銭それ自体は金融機関の所有する金銭の中へ吸収されるが、その金銭の個性が「預金残高」という一種の価値枠の設定によって完全に失われることなく残存し、普通預金において実際の残高がその後の預金の出入によって増減することはあっても、この枠自体が取引継続中失われることはない。またその枠の存在場所は、金融機関に固定される。このように、この価値枠は、金銭それ自体とは区別されるが、その表象として機能するものであり、取引形態としては、金銭をいったん動産に置き換えて取引するのに近いものである。③第三に、決済の段階では、金融機関は、ここではじめて払戻請求をする者が正当な権利者であるか否かに関心を抱くが(預金担保貸付では貸付時になる)、正当な権利者であるか否かは、上記の枠に対する証拠証券を有するか否かによって判断される。これは、取引の目的物としては、無記名債権に最も類似した特徴である。無記名債権は、債権であるにもかかわらず、債権者が誰かが特定されておらず、証券化されており、その所持人が債権者として取り扱われるので、動産とみなされる(民法八六条三項)。

以上のように預金取引の実体には動産取引に近い側面がある(12)。このため、この側面を強調するときは、預金取引の法律関係もまた物権的な関係として処理される可能性がある。すなわち、Aの金銭をBがC金融機関に預金した場合、Cに設定された価値枠に対して権利を有するのは原資提供者であるAであり、原資に対する物権的な返還請求権を有する。ただし、CがAに対抗できる物権的な権利を有しているか、A・B間の関係に従ってAの

権利行使が制限される場合には、Aの返還請求は認められない。このように預金の物権的な側面を強調すると、その法律関係は、債権的な構成によった場合とはまったく異なるものとなる。

預金取引には、以上のような金銭に関する取引という債権的な側面と、取引の実体として動産取引に近いという物権的な側面とが併存しているという観点からすれば、預金取引における従来の紛争は、この両側面が分離する場合に生じていると解することができる。すなわち、預金取引が二当事者間のみで行われる場合には、預金者の有する物権的な権利の側面は、預金者と金融機関との契約に吸収されるため、顕在化することはない。しかし、他人の金銭が預金された場合や、預金に対する第三者の差押え、誤振込みなど、三当事者間で問題が生じると、この両側面が人的に分離して問題が顕在化する。この場合、預金の債権的な側面を強調すれば、すべての問題は債権的な関係としてのみで処理されるが、動産取引に近い側面を強調すれば、物権的な返還請求権のレベルが問題となり、この両者間で対立が生じることになるからである。換言すれば、預金取引に関する問題は、債権レベルでの預金者と物権レベルでの預金者が併存し、預金者概念が二重性を有することから生じる問題である(13)。

そこで以下では、このような預金者概念の二重性という観点から見て、預金取引に関して従来議論されてきた諸問題がどのように処理されるべきかを検討することにする。

(11) 最判昭和四九年九月二六日民集二八巻六号一二四三頁（騙取金銭による弁済の事例）。

(12) 預金取引に物権的な側面があることは、岩原・前掲注(1)以前にも、すでに指摘されていたところである。星野英一「いわゆる預金担保貸付の法律問題」『民法論集七巻』（一九八九年、有斐閣）一六七頁以下のほか、第二章第三節1—3。

なお、伊藤高義「物としての金銭——金銭をめぐる返還請求権への視点として——」南山法学三一巻一・二号三二三頁は、金銭に物としての性質があることを正面から認め、かつ、物権的返還請求権は、人的関係（契約、不当利得などによって規律される関係）ではない、物的関係（人的関係にない請求の関係）においてのみ問題になると解する立場から、預金取引をめぐる諸問題の実体は、物としての金銭の返還を認めるか否かに関するものであると捉え、それが第三者に対する騙取金の返還請求、誤振込みにおける組戻し請求について「不当利得」というかたちにせよ認められている以上、すでに所有と占有との一致という理論は実益を欠いていると主張する。これに対して、ここでの検討は、預金取引の特殊性から、預金取引が原資に対する物権的関係と預金契約上の債権的関係とが交錯する場面であると捉え、預金取引に関する諸問題をこのような二重の構造が衝突する問題であるという観点から分析することを試みるものである。この点については、花本広志「価値帰属論」北居功ほか『コンビネーションで考える民法』（二〇〇八年、商事法務）一三〇頁参照。

(13) 前掲注(1)で述べたように、ここでは、基本的に他の学説と私見との比較検討は行わないが、預金取引が物権的側面と債権的側面との二重構造にあるという観点に照らして、このような側面の存在を自覚的に認識しつつ展開されている以下の研究との関係については、どうしてもふれておかなければならない。

① 森田宏樹教授の見解との関係

森田・前掲注(1)は、従来の契約解釈アプローチは利益考量から直ちに結論を導いているにすぎないと批判し、振込取引の法的仕組みを厳密に解明することが必要であるとする。そして、振込取引を構成する法的概念として重要なのは、振込取引で問題となる預金口座が「決済性預金」であるという点と、預金債権の移転が依頼人の「支払指図」と被仕向銀行の「入金記帳行為」によって実現される点にあるとし、一方では、決済性預金口座の流動性から、振込金は特定性を失い、他方では、支払指図と入金記帳行為とが独立の契約であることから、受取人の預金債権は支払指図の瑕疵にかかわらず成立するとする。ここでの検討上の表現で言えば、このようなアプローチは、従来の債権法的なアプローチの曖昧さを排し、契約法的構成を分析的に徹底して貫くものである。

しかし、「決済性預金」であることから、振込金が「特定性を失う」とされ、そのことから振込金の返還に関する物権法的な構成を採ることができないとされる点については、私見は異なる認識に立っている。すなわち、森田教授によれば、振込金は「入金記帳」によって特定性を失い「残高債権」という新たな債権の中に融合してしまうとされるが、このことについては、私見でも、振り込まれた金銭それ自体は金融機関の金銭の中に吸収され、「預金残高」という一種の価値枠に変化すると考えている。また、預金は振込依頼とは独立した入金記帳行為によって成立するとされる点についても、金銭の帰属と預金債権の帰属は別問題であると考えている。しかし、森田教授が入金記帳によって特定性が失われるとされる点については、私見では、逆に、預金以外で金銭が交付される場合と異なり、預金の場合には、預金残高という枠の設定により、振込金の個性が完全に失われることなく残存し、これにより金融機関に対する関係では、原資の返還に関する物権的な関係が残存することを肯定できると考えている。預金残高としての「価値枠」について、流動資産譲渡担保に関して展開された価値枠説を参考にすれば、原資の特定性は価値枠として維持されると解することができ、原資提供者はこの価値枠に対する物権的な権利があると構成することができる。これが誤振込の場合に振込依頼人が有する不当利得返還請求権が物権的返還請求権の実質を有すると解する基礎となっている。

また、森田教授は、金銭が預金残高に変化するの決済性預金であることによるのであり、定期預金のような場合とは異なるとされているが、私見では、そのような変化は預金契約の目的物が金銭であることによるものであると考えている。このように解するならば、預金残高への変化は預金の種類の違いに関わりなく生じ、定期預金、

普通預金、振込取引のいずれの場合にも妥当すると解することができ、また、誤振込、預金者認定、預金者なりすましのいずれの紛争類型についても、この構造は異ならないと解することができる。

このように、預金とその原資である金銭とが別個のものであることを認め、預金と原資との同一性を認めてその返還請求を物権的に構成するのではないという点では、私見は、森田教授と同様の理解によるものではないかと思われるが、原資の出捐者や振込依頼人が預金契約とは別に、金融機関に対して原資の返還請求権を有し続けているという点では、私見は森田教授と正反対の理解に立っているということができる。この違いは、預金が二当事者間で行われる場合には顕在化しないが、三当事者間で出捐者、振込依頼者と金融機関の間に預金契約が成立しない場合に、私見によれば、債権的關係と物権的關係の二重構造として顕在化することになる。

② 岩原紳作教授の見解との関係

岩原・前掲注(1)は、預金契約の当事者としての預金者を基軸とする契約法的アプローチと預金の原資の帰属者を基軸とする物権法的アプローチを適切に使い分けていくこと（相対的預金者概念の考え方）が必要であるとして、①金融機関が預金契約上の地位を主張する場合（預金者の認定が問題になる場合）には契約法的アプローチが適切であり（ただし、これは一方では判例のような出捐者説とは異なり、他方では、契約の名義人を預金者とするという意味ではない）、②第三者的地位に立つ者が預金者の地位を争う場合（預金が差押えられたような場合）には、預金者はその資金が誰に帰属するかという観点から特定されるべきであり、物権法的なアプローチが適切であるとする。そして、出捐者には資金の物権法的な権利者として物権的な優先権・追及権が認められるべきであり、誤振込の場合にも、振込依頼人が第三者に対する関係では預金者であり、差押えに対する第三者異議が認められるべきであるとする（なお、同様の視点に立つ論考として、岩原紳作『電子決済と法』（二〇〇三年、有斐閣）三一五頁以下、岩原＝森下・前掲注(1)参照）。このような考え方は、相対的預金者概念の考え方によるものとされるが、自認されるように、契約法的アプローチを採用するのは金融機関からの主張で、かつ、金融機関の相当な期待を保護するのに必要な範囲に限定され、多くの場合には物権法的なアプローチが際立つものとなっている。このような物権法的なアプローチは、預金取引における原資の特殊性を的確に捉えたものであり、従来の物権法的なアプローチが「理論的・体系的・内容的に」詰めていなかった曖昧さを排し、預金取引の物権法的構成に理論的基礎を与えるものといえる。

私見において物権的な側面として預金の原資の帰属者を問題にしていることは、基本的には、岩原教授と同様の理解に立つものであると考える。しかし、債権法的構成と物権法的構成の関係の捉え方には若干違いがあるように思われる。すなわち、岩原教授は、預金者概念を「相対的」に捉えられ、紛争類型の違いに応じて契約法的アプローチと物権法的アプローチを使い分けられるが、これに対して、私見は、預金取引

における債権法的側面と物権法的側面を紛争場面に応じて相対的に使い分けるのではなく、すべての紛争類型において、常に併存する二重構造的な関係にあると解しつつ、紛争局面の違いに応じて、そのいずれかの側面が顕在化すると考えている。

このように、預金取引にはその原資が誰に帰属するかという物権法的な側面があることを認め、場合によって原資提供者の返還請求を優先させようとする点では、私見は、岩原教授と同様の理解によるものではないかと思われるが、原資の出捐者や振込依頼人が物権的な権利を有し物権的な意味での預金者であるといえる場合でも、それとは別に預金契約上の預金者も存在し続けていると解し、物権法的な側面を絶対視しない点では、私見は岩原教授と異なる理解に立っているのではないかと思われる。ただし、私見のような理解によっても、物権と債権の優先性に関する一般的な理解に従って、債権法的側面の主張に対する物権法的側面の主張の優位性を認めるので、少なくともここで扱うような紛争場面では、説明の仕方に違いがあっても、結論において違いは生じないものと思われる。

1－3 預金者認定型紛争

たとえば、金銭の出捐者AがBに金銭を託し、BがB名義でC金融機関に預金をしたとする。この場合において、Cが預金をBに払い戻したときに、Aが預金者であると主張し、預金者は誰かが問題になる。このように、預金者の認定が問題となる紛争事例を預金者認定型紛争と呼んでおく。

このような場合について、預金者は代理人または使用者によって自ら預金する意思で預金した者であり、それは原則として出捐者Aであるとするのが判例の出捐者説である。出捐者説は、周知のように、無記名定期預金の事例から始まり、他人名義定期預金の事例、架空名義定期預金の事例へと拡大して定着した(14)。無記名定期預金は、第二次大戦後に市中の資金を金融機関に吸収することを促進するために導入された預金であり、預金者が誰であるかを金融機関が知らない（関知しない）建前の下で、預入行為者に印章を届け出させ、金融機関が預金証書を発行するという方法で取引が行われた(15)。しかし、その後の判例は、記名式定期預金についても、出捐者説を採用することを明らかにしたのである。他方、判例は、委託を受けた弁護士名義や保険代理店名義での普通預金のように、業務専用口座については、預金者は弁護士や保険代理店であり、原資の出捐者ではないとしている(16)。これらの判決について、学説では、判例が出捐者説を放棄したのか否かをめぐって議論がある(17)。

無記名定期預金や架空名義での定期預金の場合には、契約法理によって預金者を認定することが困難である。無記名定期預金は、もともと、法律上は指名債権であるにもかかわらず、その実体は無記名債権に近いものであった。また架空名義の場合には、契約法理に従ったとしても、債権者は誰かを実体に従って探索しなければならない。したがって、これらにおいては、預金の実質的な権利者は誰かという物権的な側面から預金者を認定しな

ければならない理由がある。しかし、預入行為者の名義で定期預金がなされた場合のように、契約法理による債権法的な処理が可能である場合には、物権的な構成と債権的な構成とが対立するので、この両側面をどのように調整するのかについて明確な説明が必要である。判例は、預入行為者を代理人または使者とすることによって、出捐者自らに預金をする意思があるとし、このような場合の預金契約を二当事者間取引として構成しようとする。これは物権法的な処理と債権法的な処理との分離が生じないようにするものである。しかし、預入行為者名義ないし実在の他人名義の場合にまで出捐者を直接預金契約の当事者とすることが契約法理上困難であることは、判例を批判する学説が指摘しているとおりである(18)。また、業務専用口座について、預金名義人を預金者とすることについては、契約法理からすれば当然の結論になるように見える。しかし、通常の預金の場合に出捐者説を採っていることとの整合性はどのようにはかられるのか、また、預金に対する第三者の差押えがあった場合にこれが名義人の固有財産とはならないことはどのように説明されるのかについても、明確な説明が必要である。

思うに、このような場合の預金取引の特徴は、預金契約者としての預金者は預入行為者ないし預金名義人であるBであるが、他方で、原資の所有者としての預金者は出捐者Aであるという二重構造化にある。このような二重構造からすれば、預金者認定型の紛争における当事者の法律関係は以下のように解すべきである。

(1) 出捐者Aと預入行為者ないし預金名義人Bとの間の合意に従って預金が処理された場合

出捐者Aが、Bとの合意により、預入行為者ないし預金名義人Bに原資となる金銭を預け、BがAとの間の合意に従って預金をし、その後も、BがA・B間の合意に従って払戻しまたは預金担保貸付を受けた場合には、A・B間の当初の合意がそのまま実現した場合である。この場合、Aは、対外的にはこの預金がBに帰属することを認めているので、A・B間では、Aが原資の実質的権利者であるという物権的な側面に優先してこの合意による債権的な側面が機能し、預金取引の二重構造は表面化しない。すなわち、このような場合には、預金の原資である金銭の実質的権利者はAであるが、預金契約上はBの預金であることがA・B間で合意されており、BがそのようなA・B間の合意に従っている以上、Aは、この合意を認めたうえでしか権利主張ができないので、結果的にCに対してもBの預金であることに異を唱えることができないのである。したがって、その後、CがBに預金を払い戻しまたはBを相手として預金担保貸付をしたとしても（すなわち、AはBのために協力預金をした場合）、それがA・B間の合意に従ったものである限り、払戻しや預金担保貸付（正確には担保権取得）は完全に有効であると解すべきである(19)。このような結論は、金融機関Cが原資提供者はAであると知っていたとしても左右されない。A・B間の合意によりAが受容すべき効果がいかなるものかの問題だからである。判例上、業務専用口座の預金者が預金名義人であると認定されているが、それは、出捐者と預金名義人間に争いがない場合であるからであると理解することができる(20)。

(2) A・B間の合意に反する行為がなされて預金が処理された場合

しかし、たとえば、AがBに金銭を預けてA名義で預金するよう依頼したにもかかわらず、BがB名義で預金した場合、またはA・B間ではB名義で預金することにつき合意があったが、その後Bがこの合意に違反して自己のために預金の払戻しまたは預金担保貸付を受けた場合や、Bの債権者Dがこの預金を差押えたような場合には、AはBとの合意に拘束されず、また、第三者に対しては、A・B間の合意は効果が及ばないので、預金取引の二重構造が表面化する。このような場合にはじめて、Aが金銭の実質的権利者であることから預金者であると主張し、CまたはDは、預金契約に従いBに預金が帰属すると主張して対立が生じる。この場合に双方の主張をどのように調整するかが問題である。

① まず、預金が払い戻されることなく、金融機関Cにそのまま存在しているときは、Aの物権的な主張が可能であると解する限り、Cはこれに対抗すべき権利を有しないので、Aが預金者であると認定されれば、この請求に応じても何ら不利益は生じない。これが、このような場合にAが預金者と認定されることの実質的な意味である。

② CがBに対してすでに預金を払い戻していたときは、Cの立場は、原資提供者ではないBに対して、預金契約に基づき債務を弁済したというものになる。これが有効であれば、AはもはやCに対して行使すべき物権的な権利を有しない。この場合、契約法理に従えば、Cは契約に基づく履行をしただけであるが、預金者概念の二重性を考慮すると、Cは原資提供者と契約当事者との同一性を誤認したことになる。しかし、このような誤認は、民法四七八条によって保護されると解することができる。同条は、債権者の同一性の誤認についての規定であるが、この場合の誤認も、預金の帰属主体の誤認という点で同じであるといってよいものだからである。これが、判例上、このような場合にAが預金者と認定されながら、Bに払戻しをしたCには四七八条が適用されることの実質的な意味である。

③ しかし、Cが預金担保貸付をし、またはDがこの預金を差押えたというように、Bの預金であることを信託してさらに新たな法律関係が形成された場合は、これと同様に解することはできない。この場合には、Aの自己が預金者であるという主張は、物権的な返還請求または第三者異議請求としての実質を有する。このような実質を重視すると、CまたはDがB・C間の契約関係の存在を主張しても、Aには対抗できないことになる。また、預金名義には不動産登記に匹敵するような信頼性がないので、預金名義に対するC、Dの信頼は保護に値しないというべきであり、名義に対する信頼保護法理である民法九四条二項の類推適用や、判例のような民法四七八条の類推適用は妥当でない。CまたはDがこれを阻止するためには、Aに対抗できる物権的な権利を有していなければならない。このように解するときは、金融機関Cは、善意無過失で預金担保貸付をした場合には、民法一九二条の類推適用によって動産質権類似の担保権を取得するというべきである。しかし、差押債権者Dは、一九二条において動産差押債権者には同条の適用がないと同様、Aに対抗できるだけの物権的な権利を取得した者であるとはいえないので、たとえ善意無過失であっても保護されず、Aが実質的権利者であるとの主張が優先されることになる。これが、

Aが預金者と認定され、CまたはDがBに預金があるものと誤信して新たな行為をした場合の法律関係である。

預金者認定型の紛争における法律関係を以上のように預金の二重構造を前提に理解するならば、判例が原則として出捐者を預金者であると認定し、業務専用口座では預金名義人を預金者と認定していることは、紛争場面および対立当事者の違いの実質を考慮したものであるということができ、判例における預金者認定の判断基準が一貫していないとは必ずしもいえないように思われる。

(14) 前掲注(2)参照。

(15) 平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木禄弥＝竹内昭夫編『金融取引法大系第二巻』(一九八三年、有斐閣)七七頁参照。

(16) 前掲注(3)参照。

(17) 前掲注(5)所掲の文献のほか、内田貴＝佐藤政達「預金者の認定に関する近時の最高裁判決について(上)(下)」NBL八〇八号一四頁、八〇九号一八頁参照。

(18) 安永・前掲注(4)参照。

(19) 典型的には、導入預金を回避するための協力預金として裏金利が設定されていることが多い。したがって、判例が事案の違いを無視してこのような場合にも銀行の善意無過失を要求することには賛成できない。第二章第二節1—2参照。

(20) 中舎・前掲注(5)二四頁参照。

1—4 預金者なりすまし型紛争

たとえば、AがA名義でC金融機関にした預金について、BがAになりすましてCから払戻しを受け、またはCから預金担保貸付を受けたとする。このような紛争事例を預金者なりすまし型紛争と呼んでおく(21)。

このような場合には、預金者がAであることは明らかであり、AのCに対する請求を拒むことができるか否かは、無権利者Bに対するCの払戻しまたは預金担保貸付の効力による。判例は、このような場合のBを民法四七八条の典型的な準占有者であるとして同条を適用・類推適用してきた(22)。

預金取引の二重構造という観点からしても、このような場合には、原資提供者としての預金者と預金契約の当事者としての預金者が一致しており、預金取引の物権的な側面と債権的な側面とは対立しない。しかしBが払戻しを受けた後においては、Aが原資提供者であるという物権的な側面が顕在化することになる。以下、場合を分けて順次検討する。

(1) A・B間の合意に従ってBがAの名で行為した場合

出捐者かつ預金名義人であるAとBとの合意により、BがAであると称してCから払戻しまたは預金担保貸付を受けた場合には、物権的に見て、BはAから預金の処分権を付与

されており、また債権的に見ても、Bの行為は、本人の名で本人のための行為をするものであり、代理の頭名があったといってよいものとなる。したがって、CがAとBが同一人であることについて善意であるか悪意であるかを問わず、Bの行為の効果はAに有効に帰属するといってよい。

(2) A・B間に合意がない場合

しかし、このような類型の紛争事案では、通常、A・B間には上記のような合意がなく、無権利者Bが無権限で行為していることが多い。

① この場合、CがBをAであると誤信して払戻しをしても、預金者認定型紛争において、Bが預金契約の相手方であることから、CがBを原資提供者であると信頼して払戻しをした場合と異なり、預金の原資提供者かつ預金契約の当事者がAであることは明らかなので、Cの信頼は、主観的な信頼にすぎず、預金取引の物権的な側面と債権的な側面のいずれの側面から見てもCの信頼を保護すべき事情はない。しかし、わが国における預金取引においては、その大量・同種取引性から、このような誤認であっても善意無過失の金融機関を免責すべきことが要請されてきた。判例・学説もまた、このような金融機関の要請に応じて、AになりすましたBを四七八条の準占有者であると認め、金融機関の定める免責約款をその具体化であると解してきたのである(23)。私見からすれば、このような場合の金融機関の誤認は、預金者が誰であるかに関する誤認ではないので、四七八条とは無縁であり、金融機関が保護されるためには、金融機関の主観的な誤認をも免責する特別の合意が必要である。預金契約における免責規定はこのような意味において理解することができる。ただし、この場合の問題を物権的に捉えて、無記名債権の証券所持人に対して債務を履行した場合に類似するとみるならば、無記名債権については、指図債権の正当な権利者でない証券所持人に対して債務を履行した場合の保護規定である民法四七〇条の類推適用があると解されているので(24)、これと同様にして四七〇条の類推適用により、善意無重過失のCを保護することが考えられる。しかし、このような構成は技巧的にすぎるので、それとほぼ同様の結果を導くことができるものとして、四七八条によることもやむを得ないと思われる。

② CがBをAであると誤信して預金担保貸付をした場合には、貸付行為の効力が問題になる。預金の名義、すなわち預金の債権的な側面を重視すれば、(1)で述べたように、Bの行為は代理に類似したものとして、Bに預金の処分権が付与されていなければ、表見代理の類推適用が問題になると解することができ、その場合、Aに帰責性がなければCの貸付行為は無効となるはずである。判例がこのような場合にも民法四七八条を類推適用し、Aの帰責性を顧慮しないことには学説の批判があるが(25)、このような批判は、預金の名義を重視する限り正当な批判であるといえよう。しかし、このような場合に判例が四七八条を類推適用しているのは、判例が預金の名義ではなく、預金の物権的な側面を重視しているからではないかと思われる。すなわち、判例は、預金担保貸付においては貸付行為と担保権設定行為とが経済的に不可分に結び付いていることから、両者を分解して捉えず、預

金担保貸付という仕組み全体を弁済と同一視できると考えて、四七八条を類推適用しているのではなかろうか(26)。しかし、そうであるとするならば、この場合のBの行為は一体として預金の原資の処分といえ、その際のCの信頼はBが原資提供者であるという信頼であることになる。前述したように、このような信頼については物権的な信頼保護規定によるべきであり、Cの保護は、民法一九二条の即時取得の類推適用により、動産質権類似の担保権を取得すると構成することによってはかるべきであろう。このように預金担保貸付の物権的な側面を考慮すれば、預金の原資提供者と金融機関の利害調整は、預金者認定型の紛争におけるのと同様の構成ではかられる。

③ 払戻しを受けた無権利者Cに対して預金者であるAが不当利得返還請求をするのは、その実質においては、預金の原資提供者による原資の物権的な返還請求であると見るべきである。そのように解することによって、Aが金融機関Cに対して払戻請求をすることなく、直接Bに対して返還請求をすることができるということの実質的な意味を理解することができる。預金の債権的な側面のみを重視すると、AのCに対する払戻請求についてCが免責されることによってAに損失が生じるので、そこではじめて不当利得返還請求が認められるという解釈になりかねない。しかし、このような理解は預金には物権的な側面もあることを無視するものであって妥当でない(27)。

預金者なりすまし型の紛争における法律関係について、以上のように預金の物権的な側面を考慮することによってはじめて、判例が預金者認定型紛争となりすまし型紛争の違いを超えて、同一の法律構成によって金融機関の保護をはかっていることの実質を理解することができるように思われる。また、このような実質的考慮をするならば、無権利者に対する不当利得返還請求の場面でも同様の考慮をすべきである。

- (21) 民法四七八条の適用ないし類推適用に関する判例・学説では、預金者認定型紛争と預金者なりすまし型紛争とにおいては問題状況がまったく異なることが軽視されてきたように思われる。しかし、両者では金融機関の信頼の対象に違いがあることについては、すでに第二章第二節2―3で指摘してきたところである（簡単には、中舎寛樹「預金担保貸付けと民法四七八条の類推適用」中田＝潮見＝道垣内編『民法判例百選Ⅱ債権〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）七七頁参照）。また、川地宏行「民法四七八条の適用範囲と真の債権者の帰責事由」伊藤進教授古稀記念論文集『現代私法学の課題』（二〇〇六年、第一法規）一九一頁以下は、民法四七八条の適用が問題となる事案を①債権の帰属についての誤認（帰属誤認型）、②債権者と履行請求者との同一性についての誤認（同一性誤認型）、③履行請求者の受領権限についての誤認（受領権限誤認型）に類型化し、第一類型では債権帰属ルールによって真の債権者と債権準占有者が確定するので、真の債権者の帰責事由は問題にならないが、第二、第三類型では、権利外観法理の問題となるので真の債権者の帰責事由が問題になるとする。四七八条の適用範囲に関する見解の違いはさておき、問題状況の違いを指摘する点は私見と共通

する。

(22) 前掲注(6)、(7)参照。

(23) 民法四七八条に関する議論の展開過程については、第二章第一節1～3参照。

(24) 我妻栄『新訂債権総論』（一九六四年、岩波書店）五六三頁。

(25) たとえば、千葉恵美子「預金担保貸付と民法四七八条類推適用の限界」山畠＝五十嵐＝藪先生古稀記念論文集『民法学と比較法学の諸相Ⅱ』（一九九七年、信山社）二二頁以下、最判平成九年四月二四日民集五一卷四号一九九一頁（契約者貸付に対する四七八条の類推適用を肯定した事例）に関する潮見佳男「判批」阪法四五卷一号一六一頁、千葉恵美子「判批」法時七〇卷二号九七頁参照。

(26) 第二章第二節4―5参照。

(27) 債権者から無権利者に対する不当利得返還請求に対して、無権利者が弁済者には四七八条の過失があるから弁済は無効であり、したがって損失はないと主張することは信義則違反になると解されていることについては、最判平成一六年一〇月二六日判時一八八一号六四頁、潮見佳男『債権総論〔第二版〕』（二〇〇五年、信山社）二一五頁参照。無権利者にとって矛盾行為であることを理由とするが、そもそも、預金者の権利の性質からそのような抗弁は許されないというのが実質であるように思われる。

1―5 誤振込型紛争

たとえば、AがC金融機関に対してYへの振込みを依頼しようとして誤ってBへの振込みを依頼し、Cがそれに従ってBへの振込みを実行したとする。この場合、AとBまたはCとが預金の原資の帰属をめぐる対立する。このような紛争事例を誤振込型紛争と呼ぶ。通常は、仕向銀行（C）と被仕向銀行（D）という二つの金融機関が介在するが、他のタイプの紛争類型との共通性を検討する観点から、一金融機関で振込みが行われる場合で検討する(28)。しかし、以下で述べることは二金融機関が関係する場合でも同様にあてはまるといってよい。

このような場合には、預金契約の当事者としての預金者Bと原資提供者であるAとが分離しており、しかも、A・B間には預金者認定型紛争におけるような、原資の処分権に関する合意はあり得ないので、後者の側面が前者に吸収されることもない。そこで、Bの預金であるとするCの債権的な主張とAの物権的な主張とが正面から対立することになる。

判例は、このような場合には、預金契約は振込受取人であるBと金融機関Cの間で有効に成立しており、原資提供者Aは、Cに対して不当利得返還請求権を行使することはできず、Bに対して不当利得返還請求をするほかないとしている(29)。したがって、Bの債権者がこの預金を差押えた場合、Aはこれに対抗しうる物権的な権利を有しないので、Aの第三者異議は認められないことになる(30)（ただし、学説には不当利得返還請求を例外的に悪意・重過失の第三者にも行使しうる例外をこの場合にも認める見解もある(31)）。これは、

振込後の金銭の返還請求が債権的な関係として構成されることに忠実な考え方である。これに対して、学説の中には、誤振込みの場合の預金者は振込依頼人Aであるとする見解(32)、預金者はBであるとしつつ、預金の物的な側面を強調してAがB、Cに対して原資の返還請求権を有すると解する見解(33)もある。これらは、振込みの原資の物権的な側面を強調するものである。

私見によれば、判例は、預金取引の債権的な側面のみを重視して物権的な側面を否定するものであり、一面的である。預金取引の二重構造性の観点から見ると、預金契約上の預金者がBであるという債権的な側面があることは当然として、他方では、原資提供者であるAがBに対して物権的な返還請求権としての性質を持つ不当利得返還請求権を有するという物権的な側面があることも否定できず、両者の側面がAのCに対する請求において衝突していると捉えるべきである。このような二重構造化の中でいずれの請求に合理性があるかを検討しなければならない。

(1) 振込みの法律関係

Aの主張にはどのような実質があるかを考えるとき、この場合には、受取人Bと金融機関Cとの間に預金契約が存在しており、Aの振込依頼はすでに存在している口座に対するものであることを看過できない。AのCに対する不当利得返還請求は、預金残高という価値枠を介しての主張、すなわち預金が自己の預金であるという主張ではなく、原資そのものの所有者であるという主張である。しかし、Aの振込依頼を前提にする限り、AのCに対するこのような物権的な請求は、AがCに振込みを依頼したという債権的な関係に吸収され、認められないことになる。この場合の預金がAに帰属するとしてAのCに対する請求を認めることは、この場合には、預金者認定型紛争において預金名義人BがA・B間の合意に反する行為をした場合のように新たに開設された口座が誰に帰属するかは問題とならず、また、預金者なりすまし型紛争において無権利者Bが払戻しなどを受けた場合のように、無断で預金が処分されたことが問題ではなく、A・C間には、受取人Bの既存の預金口座に対してAがCに振込みを依頼し、Cがその合意どおりに振込みを実行したという関係があることを軽視することになるように思われる。このように、AのCに対する振込依頼を前提にしてこの場合の法律関係を考えるときは、A・C間では、Aの原資に対する物権的な主張は表面化せず、Aは、Bに対して振込みの原因関係が欠如している場合に、それを理由とする不当利得返還請求権を行使するほかない。判例の構成は、このように振込依頼の存在を前提にした場合については妥当である。

(2) 誤振込みの法律関係

しかし、この場合のAの振込依頼は誤振込の依頼であり、これがCに対してどのような影響を与えるかが問題である、誤振込みであることを理由にAがCに対して原資の返還を請求する関係は、振込依頼の意思表示の撤回または錯誤無効（民法九五条）の主張を意味している(34)。したがって、このような主張が認められれば、AはCへの振込依頼に拘束されず、原資についての物権的な権利が顕在化する。判例はこの点を無視し、すべての問題

を当事者の合意に従って取引された場合と同様に扱っており、妥当でない。A・C間の債権関係が消滅すれば、B・C間の預金が有効に成立しても、誤振込みの組戻しを請求したAは、Bの預金のうちAの提供した原資による部分について原資提供者として物権的な権利を有しており、C（被仕向銀行Dが存在する場合はD。以下同じ）に対して物権的返還請求の実質を有する不当利得返還請求権を行使できるというべきである。これは、CがBへの振込みの組み戻しについて承諾を得ているか否かにかかわらない。CがBに対して振込みを実行していても、それはC・B間の合意に基づく債権的な行為であって、A・C間の物権的な関係はこれによって左右されないからである。また、Bの債権者がこの預金を差押えても、Aはこれに対抗できる物権的な権利を有し、第三者異議が認められると解すべきである(35)(36)。ただし、CがBに対する貸付金と預金とを相殺していたときは、すでに他の紛争類型について述べたように、Cが民法一九二条により担保権を善意取得すれば、Aの請求を拒絶できると解すべきである。

誤振込型の紛争における法律関係について、以上のように原資に対する物権的な側面と預金契約に関する債権的な側面を同時に考慮することによってはじめて、誤振込みに関する一貫した法律構成ができるように思われる。

(28) 振込みは、振込依頼人から現金または預金の払戻しによって銀行（仕向銀行）が資金の提供を受けたうえで、依頼に基づき、受取人の取引銀行（被仕向銀行）に対して、受取人の預金口座に資金を入金するよう依頼し（振込指図）、被仕向銀行がこれを受けて受取人の預金口座に入金する（入金記帳）という仕組みである。①振込依頼人と仕向銀行間には振込委託契約（準委任契約）が、②仕向銀行と被仕向銀行間には為替取引契約（準委任契約）が、③被仕向銀行と受取人間には預金契約が存在し、これらが結合して取引が行われている。預金契約は、金銭消費寄託契約（民法六六六条）であり、要物契約であるが（民法六六六条一項、六五七条）、被仕向銀行と受取人間では、預金契約締結の際に、送金による場合には入金記帳により預金を成立させることが合意されている。

振込依頼人が受取人の口座を間違えたといった誤振込みの場合、銀行が定める約款（振込規定）では、被仕向銀行がすでに仕向銀行からの振込通知を受信しているときは、組戻しができないことがあるとされ、この場合には依頼人と受取人との間で協議するものとされているが（振込規定ひな型八条三項）、実際には、被仕向銀行が入金記帳をする前であれば、振込依頼人が仕向銀行を通じて被仕向銀行に依頼することにより「組戻し」が行われている（振込規定ひな型八条一項）。これにより振込依頼人は、仕向銀行から資金の返還を受けることができる。これに対して、被仕向銀行の入金記帳後は、すでに委任事務が終了していることから同様の手続が取れないとされ、被仕向銀行が受取人の承諾を得てはじめて入金記帳を取り消すという手続が取られており、これは依頼人に対するサービスであると理解されている。

- (29) 前掲注(9)参照。
- (30) 前掲注(9)の平成八年判決は、第三者異議の事件であった。
- (31) たとえば、中田裕康「判批」法教一九四号一三一頁。
- (32) 前田達明「判批」判例評論四五六号（判時一五八五号）三四頁、菅原・前掲注(1)「効力（上）」三二頁など。
- (33) 岩原・前掲注(1)、岩原＝森下・前掲注(1)、岩原紳作「誤振込金の返還請求と預金債権」中田＝潮見＝道垣内編『民法判例百選Ⅱ債権〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）一四三頁。
- (34) 錯誤無効により誤振込金の返還請求を認める構成については、たとえば、磯村保「振込取引の規定化と契約法理」金法一一九八号一二頁など参照。しかし、本文での記述は、誤振込みに関するいわゆる「錯誤アプローチ」のことではなく、振込依頼の無効についてであり、振込依頼が撤回ないし無効となっても、預金契約がそれに連動して無効になると考えるわけではない。
- (35) 早川徹「判批」関大法学論集四七巻三号七三頁以下は、誤振込みの場合の受取人の不当利得は給付不当利得であり、振込みによって受取人が預金債権を取得することを全体として依頼人の給付行為であると解し、振込依頼に錯誤のある場合を給付行為が錯誤によって無効である場合と法的に同視して、動産の引渡行為それ自体が無効である場合の譲渡人と同様の法的地位を認めるべきであるとし、これにより第三者異議が認められるとする。錯誤については、給付行為自体の錯誤を受取人との関係で観念し、かつ、受取人は悪意と同等に扱うことができるとして、民法九五条ただし書の適用はないとする。
- このような構成は、錯誤論を介しているが、本質的には、給付行為それ自体の無効と、その基礎となった法律関係の無効とを区別する考え方を基礎とし、かつ前者の優先を説く点において、物権的關係と債権的關係の併存および前者の優先という私見の主張と問題意識の点で共通するところがある。ただし、私見では、振込依頼人が仕向銀行に対して依頼の撤回ないし無効を主張し、それが認められれば、それによって物権的關係が顕在化すると捉えるのに対して、早川教授は、振込依頼の錯誤無効の主張は認められないと解されるので（六三頁）、受取人との関係で錯誤無効と構成するのではないかと思われる。しかし、振込依頼の錯誤無効を認めないという背景には、それを認めると預金までもが無効となるという判断があるためであり、振込依頼の無効と預金の成否とを区別するのであれば、そのような配慮ないし法律構成は必要ないのではなかろうか。
- (36) 花本広志「判批」法セミ五〇二号八九頁は、誤振込みでは、金銭の物権的価値返還請求権がいつまで存続するかが問題となっているとし、所有者の意思に基づかずに金銭価値の移動が生じた場合には、「価値の同一性」が認められる限り（帳簿上の金銭に変形された場合を含む）、金銭価値の所有者には物権的価値返還請求権が認められると

する。これは、債権的な関係の延長で不当利得を考えるのではなく、実質的には物権的な関係として不当利得を認めるものであり、その点で私見の問題意識と共通する。しかし、この場合の不当利得返還請求が実質においては物権的返還請求であるという理解に立てば、価値の同一性は、受取人が振込依頼人の金銭によって債権を取得したといえれば十分ではないかと思われる。したがってまた、価値の上への返還請求ということを観念する必要もない。なお、花本・前掲注(12)一二六頁以下では、上記のような主張はされていない。金銭的価値の返還請求権については、四宮和夫「物権的価値返還請求権について」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』（一九七五年、有斐閣）一八五頁以下、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（一九八六年、有斐閣）六六八頁、好美清光『新版注釈民法』（二〇〇七年、有斐閣）一五一頁など参照。

1—6 おわりに

以上の検討の結果をまとめれば以下のようである。

(1) 預金取引には、金銭に関する取引という債権的な側面と、取引の実体として動産取引に近いという物権的な側面とが併存している。預金取引における従来の紛争は、この両側面が分離する場面で生じている。

(2) 預金者認定型紛争

① 出捐者と預金名義人との合意に従って預金が処理された場合

出捐者と預金名義人間では、預金は出捐者に帰属する。しかし、出捐者は合意に拘束されるので、原資提供者であるという物権的な側面は、当事者間でもまた対外的にも表面化しない。したがって、たとえ金融機関が出捐者と名義人の相違につき悪意であっても、金融機関や第三者との関係では、預金は預金名義人に帰属するものとして取り扱われるべきである。

② 合意に反する処理がなされた場合

この場合には、出捐者は合意に拘束されないので、原資提供者であるという物権的な側面が表面化する。預金が金融機関にそのまま存在しているときは、原資提供者を預金者であると認定し、その払戻請求を認めるべきである。金融機関がすでに預金名義人に払戻しをしていたときは、原資提供者と契約当事者の同一性の誤認という意味で民法四七八条が適用されると解すべきである。金融機関がこの預金について預金担保貸付をしたときは、金融機関が出捐者に対抗するためには物権的な権利を取得していることが必要であり、民法一九二条の類推適用により動産質権類似の担保権を善意取得しうると解すべきである。

(3) 預金者なりすまし型紛争

① 預金者と行為者との合意に従って預金が処理された場合

預金が行為者に帰属しないことは明らかであるが、預金の処分権が行為者に付与されているので、それに従ってなされた行為は完全に有効であり、たとえ金融機関が行為者と預

金者との相違につき悪意であっても、その法律効果は預金者に帰属する。

② 合意が存在しない場合

この場合には、行為者は完全な無権利者であり、預金者は預金に対する物権的かつ債権的権利を有しており、これに対して金融機関が主張できる物権的または債権的な権利はない。したがって、行為者に対して払戻しをしたときに金融機関が免責されるためには、それを認める預金者の事前の承認（特別の約款）が必要である。しかし現在の民法四七八条の解釈によれば、同条はそのような場合を包含すると解されているので、これによれば同条の適用がある。行為者に対して預金担保貸付をしたときは、債権的には、預金者以外の者に貸付をしたことになるが、金融機関は、預金担保貸付を貸付行為と担保権取得行為とに分解せず、物権的に預金の原資の処分と捉えているので、金融機関の保護は、物権的な信頼保護規定である民法一九二条の類推適用によるべきである。払戻しを受けた無権利者に対する預金者の不当利得返還請求は、原資の物権的な返還請求の実質を有するので、金融機関の払戻しが有効であるか否かを前提問題とすることなく、権利を行使することができるかと解すべきである。

（４） 誤振込型紛争

① 通常の振込みの場合

通常の振込みでは、振込依頼人は、金融機関との合意に拘束されるので、たとえ振込みの原因を欠く場合でも、原資の返還請求権の実質を有する不当利得返還請求権を行使することができず、受取人に対して不当利得返還請求権を行使するほかない。

② 誤振込みの場合

誤振込みの場合には、振込依頼人は、金融機関との合意に拘束されず、金融機関に対して原資提供者の物権的な返還請求の実質を有する不当利得返還請求権を行使することができる。したがってまた、受取人の債権者が預金を差押えたときは、振込依頼人は第三者異議を申し立てることができる。他方、金融機関がこの預金について担保権を善意取得した場合には、振込依頼人の請求は認められない。

以上のような結果は、具体的には、誤振込みの場合以外では、現在の判例の結論とほぼ同様であり、判例もまた、実質的にはこのような考慮の上に立っているのではないかと思われる。しかし、判例は、預金取引の物権的な側面を正面から問題にすることなく、債権的な法律構成の中で考慮しようとしているために、その理論構成が分かりにくいものとなっているように思われる。ここでの検討のねらいは、従来の議論では、預金取引が物権的な側面と債権的な側面を有する特殊な取引であり、問題場面ごとにその両側面の現れ方が異なることが明確に意識されないまま議論がなされてきたために、錯綜した議論が展開されてきたのではないかということを明らかにしようとするところにあつた。そして、当事者の主張が預金取引の物権的な側面と債権的な側面のいずれに基づくものかを明らかにすれば、その主張の実質的な意味や具体的に取られるべき結論が明確となり、統一的な法律構成が可能であることを示すことができたのではないかと思われる。

ただし、預金取引のこのような二重構造的性を将来的にもこのまま放置すべきか否かは別の問題である。預金取引を当座勘定取引のように人的・債権的な要素を重視した取引として徹底して捉えつつ、預金取引の当事者間の合意・特約を駆使して合理的な解決を導く方向を採るべきなのか(37)、それとも、有体物の寄託のように物的・物権的な要素を重視した取引として徹底して捉えつつ、その実質に即した立法を整備してゆく方向を採るべきなのか(38)、はたまた、このような二重構造的性をそのまま受け入れ可能な制度として信託を活用すべきなのか(39)などは、解釈論としての当否の範囲を超える立法政策ないし金融政策に通ずる問題である。また、より根本的には金銭所有権の問題がある。ここでは、この問題に直接介入せず、預金取引の特殊性として例外を認める必要があることを主張したにとどまる。しかし、金銭一般について不当利得返還請求権に物権的請求権としての実質を付与し(40)、または通常の有体物と同様に所有権を觀念しうるとするならば(41)、私見のような構成は至極当然のことではなくなる。したがって、預金取引が金銭所有権の例外場面なのかそれとも典型的場面なのかについても、さらに検討が必要である(42)。

(37) 森田・前掲注(1)二八九頁以下参照。

(38) 岩原＝森下・前掲注(1)四三頁以下参照。

(39) 私見のように、預金取引には原資に対する物権的な側面と預金契約に関する債権的な側面とがあるという二重構造的な構成では、紛争類型によって原資に対する権利を主張する者が異なるという複雑さを生み出すことが避けられない。このような複雑さを解消するための一つの方向として、信託を利用して物権的な権利の帰属主体と預金契約上の権利の帰属主体とを一致させる構成が考えられる。専用口座につき、渡邊博己「専用普通預金口座の預金者と預金者破綻時の預金の帰属」金法一六九〇号七一頁、弥永真生「判批」ジュリスト九九五号一一〇頁参照。より全体的に信託の利用可能性については、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（一九九六年、有斐閣）二〇一頁以下、同『『預かること』と信託』ジュリスト一一六四号八一頁、同「信託の設定または信託の存在認定」道垣内＝大村＝滝沢編『信託取引と民法法理』（二〇〇三年、有斐閣）一六頁以下、同「さみしがりの信託法」法教三三四号（二〇〇八年）八三頁以下参照。

しかし、預金取引のように信託であることの公示がない曖昧な関係を画一的に信託と構成すると、法律関係の処理が一律的になり、原資に対する物権的権利者と債権的な関係における権利者を信頼した金融機関または第三者との間で状況の違いによって利害調整をする余地が失われるのではなかろうか。

(40) 松岡・前掲注(1)七五頁は、誤振込みの問題を預金債権に関する特殊な議論にとどめることを疑問とし、振込依頼人の不当利得返還請求権に優先権を認めるか否かは、一定の不当利得債権の保護という一般的な課題に広がるとする。また、松岡久和「債権的価値帰属権についての予備的考察」社会科学研究年報（龍谷大学）一六号六八頁、同「アメリカ法における追及の法理と特定性」林良平先生献呈論文集『現代における

物権法と債権法の交錯』（一九九八年、有斐閣）三五七頁以下は、金銭をめぐるわが国のこれまでの議論の詳細な検討の上に立って、ドイツ法、アメリカ法における法理を参照しつつ、金銭騙取された者の権利を不当利得返還請求権と構成しながら、それに優先権を付与するための具体的な要件を検討する。このような問題意識と検討は、金銭について、物権的（価値）請求権を認めるかそれとも債権的請求権にとどめるかという問題設定自体を批判するものであり、金銭一般についての議論のあり方から問題を提起するものである。しかし、ここでの検討は、このような問題に立ち入ることは到底できず、預金取引の特殊性＝動産取引との近似性を強調して、預金取引に限定した議論を展開するものである。

(41) 伊藤・前掲注(12)参照。

(42) 金銭概念の多義性および金銭所有権・返還請求に関する議論状況については、田高寛貴「金銭の特殊性」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（二〇〇七年、有斐閣）一六四頁参照。

2 無権利者に対する預金の払戻しと不当利得返還請求・損害賠償請求の意義

2-1 はじめに

預金が無権利者に対して払い戻された場合には、真の預金者は、通常、払戻しをした銀行に対して、預金の払戻しが無効であると主張して預金の払戻しを請求する。しかし、このような法律構成によらず、預金者が、払戻しを受けた無権利者または払戻しをした銀行に対して、不当利得返還請求ないし不法行為による損害賠償請求をすることがある。また、無権利者に払戻しをした銀行が無権利者に対して不当利得返還請求をすることもある。

今日では、これらに関する紛争類型ごとに裁判例がほぼ出揃っているが、裁判所が請求を認めまたは認めないその理由は、以下にみるように多様であり、また信義則などの一般条項によるなど必ずしも明確なものであるとはいえないように思われる。しかし、これらの請求は預金取引の外延において、預金取引が正常に行われなかった場合の後始末としての意義を有するものであり、請求が認められるか否かの判断は、預金取引の法的性質を反映した、より明確な理由づけによるべきである。

私見によれば、預金取引は、通常の債権関係と異なり、一方では、預金者自身の出捐した金銭の寄託を目的とするという動産取引に類似した特徴を有しながら、他方では、金銭所有権の特殊性から、それが債権関係として構成されるという特徴を併せ有している(1)。このため、預金取引をめぐる紛争では、この両特徴が場面に応じて顕在化し、法律構成に影響を与えているように思われる。ここで扱う不当利得返還請求ないし不法行為による損害賠償請求もまた、この特殊性を反映して、紛争類型ごとに、当事者による請求の意義および請求の認否に関する判断要素が全く異なっている可能性がある。

そこで以下では、これらに関する裁判例を素材に、裁判所が請求を認否するにあたって言及した理由づけに注目し、それが預金取引の特殊性との関係でどのような意味を有するかを検討し、紛争類型ごとに各請求の意義を明らかにすることによって、これらの紛争に関する、より明確で具体的な判断基準を提示したい(2)。

2-2 真の預金者による無権利者に対する不当利得返還請求・損害賠償請求

一 判例

預金が無権利者に対して払い戻された場合に、真の預金者が無権利者に対して不当利得の返還または不法行為による損害賠償を請求することがある。このような紛争類型に属する判例として以下のものがある。

【1】仙台地判平成九年二月二七日金法一五〇三号八八頁

〈事案〉出損者Xは、平成四年七月、亡夫の妹Y1の息子Y2の承諾を得て、Y3銀行にY1名義で期間一年の定期預金をした。Y3はXに通帳を交付し、以来、通帳とY1名義の印章はXが保管していた。平成五年七月、定期預金期日案内状がY1方に郵送されたところ、Y2はこれをY3に持参して定期預金の通帳と印鑑を紛失したと届け出た上、入院中のY1を訪問させて本人確認をさせ、定期預金を解約し、別銀行のY1の普通預金口座に振り込む方法で定期預金の全額一〇〇〇万円余りの払戻しを受けた。Y2は振込みがなされるや、これを農協のY2の口座に振り替え、間もなくその払戻しを受けて自己の事業資金等に費消した。そこで、Xは、それぞれ別訴で、Y1に対して不法行為に基づく損害賠償ないし不当利得の返還を請求し、Y2に対して不法行為に基づく損害賠償を請求し、Y3に対しては預金の払戻しを請求したところ、裁判所はこれらを併合して審理した。

〈判旨〉まず、Y3銀行に対する定期預金の払戻請求については、民法四七八条の抗弁を認め、本件払戻しは有効であるとして請求を否定した。次いで、Y2に対する損害賠償請求については、「Y3をしてY1名義の銀行預金口座に本件定期預金払戻金一〇四六万七〇七円を振り込ませ、さらにこれを自己の事業資金等に費消し、XのY3に対する預金返還請求権を侵害した」としてこれを認容した。他方、Y1に対する請求については、払戻金はY2が利得しており、またY1がXの預金返還請求権を侵害することを認識していたことは明らかでないとして請求を否定した。

【2】最三小判平成一六年四月二〇日家月五六卷一〇号四八頁、判時一八五九号六一頁、判タ一一五一号二九四頁、金法一一七一号三二頁、金判一二〇五号五五頁

〈事案〉事案は、相続財産の帰属に関する昭和五七年と平成七年の二通の遺言の効力をめぐる相続人間の争いで複雑であるが、ここでの検討に関係することに限り要約すれば、以下のようである。Xが相続人の一人であるYに対して、Yの単独名義となっている不動産につき、主位的に自己が相続したと主張してその所有権移転登記手続を求め、予備的に相続分に応じた持分の移転登記手続を求めるとともに、Yが解約して払戻しを受けた被相

続人名義の貯金につき、主位的に自己が真実の貯金者であるかまたはすべてを相続したと主張してその全額の不当利得の返還を求め、予備的に相続分に相当する金額の不当利得の返還を求めた。

原審は、主位的請求については、平成七年遺言は有効な遺言と認めることはできず、また貯金の権利者は被相続人であったとして請求を棄却し、予備的請求については、家事審判事項である遺産分割を求めるものであるとして訴えを却下した。そこでXが上告。

〈判旨〉予備的請求につき破棄差戻し。「相続財産中に可分債権があるときは、その債権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されて各共同相続人の分割単独債権となり、共有関係に立つものではないと解される（最高裁昭和二七年（オ）第一一一九号同二九年四月八日第一小法廷判決・民集八巻四号八一九頁、前掲大法廷判決参照）。したがって、共同相続人の一人が、相続財産中の可分債権につき、法律上の権限なく自己の債権となった分以外の債権を行使した場合には、当該権利行使は、当該債権を取得した他の共同相続人の財産に対する侵害となるから、その侵害を受けた共同相続人は、その侵害をした共同相続人に対して不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を求めることができるというべきである。」

【3】最三小判平成一六年一〇月二六日判時一八八一号六四頁、判タ一一六九号一五五頁、金法一七三九号四九頁、金判一二〇九号二八頁

〈事案〉Aは、B、C、Dの各金融機関にそれぞれ普通預金を有していたが、平成三年に死亡し、Aの子であるXとYが各預金を二分の一の割合で相続した。ところがその後Yは、Aの通帳と印鑑を発見し、五月から七月にかけて各金融機関にこれらを示して、預金全額の払戻しを受けてしまった。そこでXはYに対して、払戻金のうち相続分に相当する金額四六四万円余の不当利得返還を請求した。これに対してYは、各金融機関の払戻しには重大な過失があるから、Xは現在もなお払戻請求権を有しており、損失がないと主張した。Xは、Yが預金払戻請求権を侵害する行為をしながら、預金の存在を主張するのは公平でなく信義則違反であると反論した。

一審は、B、Cには払戻しにつき過失があり、準占有者に対する弁済にならないが、DにはAの死亡について認識がなく、その払戻しは準占有者に対する弁済として有効であるとした上、Yの主張が信義則違反とまではいえないとして、準占有者に対する弁済によって預金が消滅した限度においてXの請求を認容した。しかし原審は、弁済受領者が債権の準占有者に当たらず預金者はなお預金払戻請求権を有していると主張して自らの責任を免れるとすると、正当な権利者が準占有者に当たるか否かという微妙な判断を要する作業を正確に行って被告を選択しなければ救済を受けられなくなり、他方で、債務者保護のための民法四七八条が弁済受領者の保護のために用いられるという不合理な結果となってしまうが、正当な権利者のこのような犠牲の下で弁済受領者を保護する必要性は全く存在せず、正当な権利者と弁済受領者との間で金銭的利益の帰属が是正されれば問題は一举に解決されるのであり、弁済をした債務者が債権者に重ねて弁済をしなければならず、それを待つ

て弁済受領者が債務者に対して不当利得を返還するということは余りにも迂遠であるとして、Yの主張は信義則上許されないとし、Xの請求を認容した。そこでYが損害の不発生をいうことは正当な防御権の行使であり、信義則違反に当たらないなどと主張して上告した。

〈判旨〉上告棄却。「Yは、本件各金融機関からX相続分の預金について自ら受領権限があるものとして払戻しを受けておきながら、Xから提起された本件訴訟において、一転して、本件各金融機関に過失があるとして、自らが受けた上記払戻しが無効であるなどと主張するに至ったものであること、仮に、Yが、本件各金融機関がした上記払戻しの民法四七八条の弁済としての有効性を争って、Xの本訴請求の棄却を求めることができる」とすると、Xは、本件各金融機関が上記払戻しをするに当たり善意無過失であったか否かという、自らが関与していない問題についての判断をした上で訴訟の相手方を選択しなければならないということになるが、何ら非のないXがYとの関係でこのような訴訟上の負担を受忍しなければならない理由はないことなどの諸点にかんがみると、Yが上記のような主張をしてXの本訴請求を争うことは、信義誠実の原則に反し許されないものというべきである。」

【4】最二小判平成二三年二月一八日判時二一〇九号五〇頁、判ター三四四号一〇五頁、金法一九三八号一〇八頁、金判一三六三号一六頁

〈事案〉Aは、平成七年に国（後に日本郵政公社が権利義務を承継）との間で保険金受取人をA、被保険者をX、保険金額を五〇〇万円、保険期間の終期を平成一七年九月二八日とする簡易生命保険（普通養老保険）契約を締結した。その後Aが死亡したため、その子Bが保険契約者の地位を承継し、保険金受取人をBに変更した。さらにその後Bが死亡し、その夫であるY1が保険契約者の地位を承継したが、保険金受取人を新たに指定することのないまま、保険期間の終期が経過した。このため、簡易生命保険法により、保険金等の支払請求権は、被保険者であるXに帰属することになった。ところがY1およびY2（Y1と前妻との間の子の妻）は、Xに無断で、X名義の委任状を作成した上、平成一七年一月二八日、郵便局員Y3に対し、保険金等の支払いを請求した。Y3は、Y1らの懇願により、実際には確認していないのに、X名義の国民健康保険被保険者証により本人確認をしたものとして、虚偽の内容を記載した本人確認記録票等を作成し、支払手続を進め、平成一七年一二月一二日、Y1およびY2は、Xの代理人と称して、保険金等合計五〇一万七六四四円の支払いを受けた。そこで、Xは、保険金等相当額の損害を被ったとして、Yらに対し、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

一審（東京地判平成二〇年三月二八日金判一三六三号二三頁）は、保険金等受取人はXであるとした上で、Yらは共同不法行為責任を負うとしてXの請求を認容した。しかし、原審（東京高判平成二〇年一〇月三〇日金判一三六三号二一頁）は、Yらが、上記の支払いが有効な弁済とならない場合にはXは依然として保険金等請求権を有しており、損害が発生していないと主張したところ、保険金等の支払いをY1およびY2にしたことは、Y3

に過失があり、有効な弁済とならないのであるから、Xは依然として保険金等の支払請求権を有しており、その相当額の損害を受けたと認めることはできないとして、一審判決を取り消しXの請求を棄却した、そこでXが上告した。

〈判旨〉破棄自判、Yらの控訴棄却。「Y1及びY2が、依然として本件保険金等請求権は消滅していないことを理由に損害賠償義務を免れることとなれば、Xは、Yらに対する本件保険金等の支払が有効な弁済であったか否かという、自らが関与していない問題についての判断をした上で、請求の内容及び訴訟の相手方を選択し、攻撃防御を尽くさなければならないということになる。本件保険金等請求権が本来Xに帰属するものであった以上は、Y1及びY2はXとの関係で本件保険金等を保有する理由がないことは明らかであるのに、何ら非のないXがこのような訴訟上の負担を受忍しなければならないと解することは相当でない。

以上の事情に照らすと、上記支払が有効な弁済とはならず、Xが依然として本件保険金等請求権を有しているとしても、Y1及びY2が、Xに損害が発生したことを否認して本件請求を争うことは、信義誠実の原則に反し許されないものというべきである（最高裁平成一六年第四五八号同年一〇月二六日第三小法廷判決・裁判集民事二一五号四七三頁参照）。……Y3においても、共同不法行為責任を負うY1及びY2と同様に、Xに損害が発生したことを否認して本件請求を争うことは、信義誠実の原則に反し許されないものというべきである。」

二 判例の判断基準

この紛争類型は、債務者が無権利者に対して弁済をした場合に、真の権利者が無権利者に対して、払い戻された金銭を不当利得としてその返還を請求し、または払戻金相当額を損害として不法行為に基づき損害賠償を請求するというものである。このような請求が、債務者が無権利者に対してした弁済が民法四七八条により有効であることが確定した後になされたのであれば、債権者の主張が認められるべきことに問題はない。弁済の効力が確定していない段階で、債権者が無権利者に対して不法行為に基づく損害賠償ないし不当利得の返還を請求し、それと同時に、債務者に対して払戻請求をすることは、訴訟上、主観的予備的併合となるため、現行法上許されない。【1】は、債権者が別訴でこのような請求を同時に提訴した場合に、これを併合しつつ、債務者に対する請求、すなわち民法四七八条の適用の有無を先に判断し、弁済を有効とした上で、無権利者に対する不法行為による損害賠償請求を認めている。これは実質的には、弁済の効力確定後における請求を認めたものと同視でき、損害賠償請求が認められるためには、無権利者に対する弁済が有効であることが前提として必要であると考えているものといえるであろう。

問題となるのは、弁済の効力が未確定な間に、無権利者に対して損害賠償ないし不当利得の返還を請求できるか否かにある。この点、【2】は、貯金の払戻しが有効であったか否かに全く触れることなく、請求を認める結論を導いている。これは、無権利者が法律上の

権限なく債権を行使した場合には、それ自体で他人の財産に対する侵害となるとの考え方に基づくものと思われる。本件では、Xの請求が債権侵害だけでなく不動産所有権の侵害にも及んでおり、それが判決の構成に影響している可能性がなくはないが、不動産に関する争いは原審で決着がついており、上告審ではもっぱら債権が問題となった。このような事情を考慮すれば、最高裁は、不法行為ないし不当利得の対象が債権であることを十分認識した上で、あえて債務者に対する請求は無関係であると考えているものと解することができよう。

他方、【3】【4】では、無権利者への弁済の効力が訴訟上実際に問題となっている（なお、【4】は、預金ではなく、簡易生命保険が問題となっているが、簡易生命保険には貯蓄型の定期預金と同様の性質があり、ここでは満期保険金の払戻しを預金の払戻しと同様に扱っておく）。そして、両判決は、債権は消滅していないので損害は発生していないとの無権利者からの主張に対して、もしそのような主張を認めるとすると、保険金の支払いが有効であったか否かという自らが関与していない問題について判断をした上で、相手方を選択しなければならぬという訴訟上の負担を受忍しなければならないことになるとして、無権利者によるそのような主張は信義則違反であるとしている。信義則違反という構成を採っているが、このような紛争類型では、無権利者の主張は常に信義則違反になると考えられるので、事案によって結論が異なるという意味で信義則を用いているのではないと解すべきであろう。また、【4】は、無権利者が真の債権者との関係で保険金を保有する理由がないことは明らかであるとも述べており、このような理由づけは、無権利者の主張が自己矛盾行為であるという以上に、債務者と無権利者との関係や債権者と債務者との関係にかかわりなく、無権利者に保険金の保有権限がないことを理由に請求を認めようとする構成であるように思われる。これは、保険金の支払請求権の存否に固執した原判決を破棄し自判したことからもうかがうことができよう。以上のことからすれば、両判決は、無権利者に対する預金（保険金）の払戻し自体が債権の侵害となると考えているのではないかと思われる。

三 物権的返還請求の実体を有する不当利得返還請求・損害賠償請求

金銭債権においては履行不能がないという金銭所有権の特殊性からすれば、無権利者に対する預金の払戻しが無効であれば、実際には債務者である金融機関から無権利者への金銭の移動があるにもかかわらず、預金債権はなお存続することになる。このような場合でも、債権者である預金者は無権利者に対して不当利得返還請求ないし不法行為による損害賠償請求をすることができるかが根本的な問題である。上記判例は、この問題を信義則によって解決しようとした。学説でもこれを支持すると思われる有力な見解もある(3)。しかし他方では、金融機関に対する請求と無権利者に対する請求の関係を積極的に基礎づけようとする見解もある。たとえば、債権者が無権利者に対する請求をすることには無効な弁済を追認するとの意思表示が含まれていると解する見解(4)、不当利得返還請求が認められ

るためには、四七八条の要件充足か、債権者が無権利者の弁済受領を追完することが必要であるとする見解(5)がある。これらは、両請求権の併存を否定する考え方である。また、その他にも、債務者に対する請求と無権利者に対する請求の関係は、無権利者の不真正連帯債務となり、無権利者は権利者または債務者のいずれか一方に対して不当利得を返還すれば、他方に対する不当利得返還債務を免れるとする見解(6)、追認構成を取りつつ、追認の効力は無権利者から現実には不当利得が返還されてはじめて生じると解する見解(7)、両請求権が併存することをそのまま認める見解(8)もある。

このような問題が生じるのは、金銭債権においては、無権利者に対して払戻しがなされてもなお本来的履行請求が可能であると構成されるためである。しかし、少なくとも預金取引において、預金者が払戻しを受けた無権利者に対して不当利得の返還ないし不法行為による損害賠償を請求する趣旨・実体は、端的に「自分の預金を返せ」ということにあるのではなかろうか。これは一般の金銭債権には通常見られない預金取引の特性であるように思われる。

仮に、動産の寄託契約において、受寄者が無権利者に動産を返還したのであれば、真の権利者は無権利者に対して物権的返還請求をすることができる。この場合、寄託者と受寄者間の寄託契約がなお存続しているか否かは無関係であり、無権利者が契約関係の存在を理由に返還請求を拒むことができないのは当然である。しかし預金取引では、このような単純な返還請求であると構成することができず、寄託者である債権者は、預託物である金銭について物権的な権利ではなく、債権的な返還請求権を有すると構成されざるをえない。

このように考えると、この類型における不法行為ないし不当利得による請求は、金銭所有権の特殊性から、金銭について物権的返還請求をすることができないことの代替手段という実質を有しており、【2】【3】【4】は、債権関係という法律構成上の制約の中で、預金取引の特殊性から、このような実質を反映させた法律構成を採ろうとしているものと評価することができるのではなかろうか。したがってまた、このような紛争類型においては、動産についての所有者による物権的返還請求の場合と同様、請求者が真の権利者であるか否か、および被請求者が金銭を受領する権限があるか否かだけを問題にすれば足り、その判断の前提として預金（保険金）の支払いが有効であるか否かを確定させる必要はないといふべきである。

2-3 真の預金者による債務者に対する損害賠償請求

一 判例

預金が無権利者に対して払い戻された場合に、真の預金者が債務者である金融機関に対して不法行為による損害賠償を請求することがある。このような紛争類型に属する判例として以下のものがある。

【5】大判昭和十一年二月二七日民集一五卷二四九頁

〈事案〉X1（夫）とX2（妻）が郵便貯金を有していたところ、長男AがX1・X2に無断で通帳を持ち出し、あらかじめ作製しておいた印鑑を用いて払戻しを求めたが、郵便局係員Bが改印届をしなければ払い戻せない旨を答えたところ、Aは即日改印届を出してX1名義で五〇円、二日後にX1名義で一五〇〇円、X2名義で八〇〇円の払戻しを請求した。Bは従前よりX1・X2・Aを知っていたにもかかわらず、委任状をも徴収せず払戻しをした。そこでXらはY（国）に対してそれぞれ二五〇円の損害賠償を請求した。なお、AおよびBは本訴の際すでに死亡していた。一番は請求棄却。原審は、Bには少なくとも重大な過失があるとして郵便貯金法一三条（免責）の適用はないとし、請求を認容した。そこでYが上告した。

〈判旨〉上告棄却。「X等ノ請求ハ本件貯金ノ払出カ正当ノ手続ヲ経サル無効ノ払戻ナルコトヲ第一次ノ原因トシ損害賠償ノ請求ハ予備的ノ主張ニ過キス而モ原審ハ其ノ第一次ノ主張ヲ正当ト認メテ本訴ノ請求ヲ認容シタルモノナレハ前示X等ノ過失ノ有無ハ之ヲ判断スルノ必要ナキモノトス」

【6】大判昭和一六年六月一七日新聞四七一一号二三頁

〈事案〉郵便局が無権利者に対して恩給を支払ったので、真の権利者が郵便局に対して恩給支払請求をするとともに、予備的に不法行為に基づく損害賠償を請求した。

〈判旨〉いずれの請求も棄却。「民法四七八条ニ於テ債権ノ準占有者ニ対スル善意ノ弁済ヲ有効ト為シタル所以ノモ（ノ）ハ一ニ其ノ善意ノ弁済者ヲ保護センカ為ナルヲ以テ同条ニヨリテ弁済カ有効ト為リタル場合ニ於テハ其ノ結果タル債権消滅ニヨル損害ニ付テハ債務者（債務者カ弁済ヲ為シタル場合）ヲシテ其ノ責ヲ負ハシメサルヲ以テ法律ノ趣旨ナリト解セサルヘカラス蓋シ若シ然ラスシテ債務者ニ於テ債権者ニ対シ右損害ヲ賠償スルノ責ヲ負フモノトセハ其ノ額ハ通常債権額ノモノカ標準ト為ルヘキカ故ニ法律カ弁済ヲ有効トシタル経済上ノ意義ハ實際ニ於テ没却セラルヘキカ故ナリ若夫レ其ノ弁済ニシテ弁済者ノ悪意其ノ他ノ事由ニ因リ無効ナル場合ニ於テハ債権者其ノ債権ヲ喪失セサルカ故ニ右ノ弁済ニ因リ債権消滅シタリトシテ損害ノ賠償ヲ請求シ得サルヤ論ヲ俟タス」

【7】大阪地判昭和三五年五月二八日判時二三五号二六頁、判タ一〇六号九八頁、金法二五四号八頁

〈事案〉XはAに対してY銀行で架空名義の預金をするよう依頼し、Aはその依頼どおり架空名義の預金をして通帳をXに交付した。しかし、預入の数日後、Aは通帳と印鑑の紛失届、改印届を出して新通帳の交付を受け、預金全額の払戻しを受けた。そこで、XはYに対して、第一次請求として、預金の返還を請求し、第二次請求として、仮に払戻しにより預金債権が消滅したとすれば、Yの被用者の不法行為であるとして預金相当額の損害賠償を請求した。

〈判旨〉民法四七八条の抗弁を認めて預金返還請求を否定し、不法行為に基づく予備的請求についても、「Yには預金取引上その相手方たる預金者に対する関係において債務を履行する上についての過失の存在も未だ認め難いものであって、いわんや更にこれ以上の不

法行為の原因となるべき過失の存在は固より認めるに足りない」として否定した（なお、本件の控訴審、上告審ではもっぱら預金返還請求だけが争われている。最判昭和四一年一月一八日金判三八号二頁参照）。

【8】大分簡判昭和六〇年一二月五日判タ五八四号五九頁

〈事案〉Xは、Y1の承諾を得てY1名義でY2信用金庫に普通預金をし、通帳と印鑑を保有していたところ、Y1は、通帳と印鑑を忘れたとしてY2に対して払戻しを請求した。Y2は、Y1自身の従前からの預金口座の通帳と印鑑でY1本人であることを確認して払戻しをした。そこでXは、Yらの行為は共同不法行為であるとして預金相当額の損害賠償を請求した。

〈判旨〉Y2のした払戻しは準占有者に対する弁済に当たらないのに、Y1に払戻しをしたことに過失があったとして、Y1とY2の共同不法行為を認め、損害賠償請求を認容した。

【9】東京地判平成一〇年一月二二日金判一〇四九号一六頁

〈事案〉Xは八五歳を超える老人であり、Y銀行に普通預金と定期預金を有し、通帳と届出印を息子Aに預けていたところ、Aは何者かによって自動車内に保管していた通帳を盗まれ、数日後、二〇歳位の何者かがYの窓口において、普通預金通帳とX名の印影のある払戻請求書を差し出し、一五〇万円の支払いを請求したところ、Yの従業員は、普通預金全額の一二二万円余りを払い戻すとともに、同預金残高を超える二七万円余りについては、定期預金を担保に貸し出した。そこでXは、Yの従業員には、電話で本人に確認する、引出人に身分証明書の提示を求め、住所・電話番号を書かせる、Xが口座を開設した支店に照会するといった義務があるのに、これを怠った過失があるとして、民法七一五条の使用人責任に基づき払戻金相当額の損害賠償を請求した。

〈判旨〉特に払戻しの効力について判断することなく、払戻請求書に押捺された印影は届出印との差異を容易に判別し得ないほど類似していること、特段の疑念を抱かせる事情がなかったことを認定した上、X主張のような注意義務があったとはいえないとして請求を否定した。

【10】東京地判平成一〇年七月二八日金法一五二六号六五頁

〈事案〉Xは、Y銀行の預金通帳を勤務先のロッカー内の通勤鞆の中から何者かによって窃取されたが、届出印は自宅に保管しており窃取されなかった。数日後、YのA支店を何者かが訪れ、通帳と届出印に酷似した印影を押捺した三〇〇万円の払戻請求書を提出して、払戻しを受けた。またその三〇分後、YのB支店においても同様にして三〇〇万円の払戻しを受けた。しかしさらにその二〇分後、YのC支店においても同様にして三〇〇万円の払戻しを請求したが、担当者が同日に三〇〇万円の払戻しが二回続いていることに不審を抱き、Xと連絡を取ろうとしたが、その間に何者かは三〇〇万円を受け取ることなく、通帳を置いたまま逃走してしまった。そこでXは、Yの過失により六〇〇万円相当額の損害を被ったとして不法行為に基づく損害賠償を請求した。

〈判旨〉とくに払戻しの効力について判断することなく、Yの担当者は「相当の注意を

もって届出印と払戻請求書の印影を照合したと認められ、払戻請求者が正当な受領権原を有しないことを疑わしめる特段の事情も認められないのであるから、免責約款により、Yは責任を負わない」として請求を認めなかった。

【11】東京地判平成一〇年一二月二五日金判一〇七三号四五頁

〈事案〉亡Aの所有する土地を妻Bと子であるC、D、X1、X2、X3とが共同相続したが、Cはこれらの者を代理してこの土地を東京都に売却し、Y1信用金庫のそれぞれの普通預金口座に代金が振り込まれた。ところがCは、子に指示してこれらの預金の払戻しを受けるなどし、Cの経営する会社の債務に充当してしまった（その後Cが死亡し子Y2～Y5が相続）。そこで、XらはYらに対して、共同不法行為による損害賠償を請求した。

〈判旨〉特に払戻しの効力について判断することなく、Cの行為は無権代理行為でありY2～Y5にはXらが被った損害の賠償責任があるとするとともに、Y1についても、Xらの意思確認をすべき義務を怠り過失があったとして、共同不法行為責任があったとした。

【12】東京高判平成一三年五月一六日金判一一三四号二三頁

〈事案〉会計事務所の事務員Aは、X1会社、その代表取締役X2、X2の子X3、X4から、Y銀行における会社名義および個人名義の定期預金等の出入金事務等を委託されていたが、何度かにわたって、これらを解約してXらの普通預金口座を経て払戻しを受けた。また、Yから預金担保貸付を受け、X1名義の定期預金を解約して、この返済に充てた。さらに、YにX1名義の当座預金口座を開設し、X2の普通預金口座から払い戻した金銭をこれに入金して払戻しを受けた。Xらは、これらはいずれもAが無断で行ったものであり、Y銀行の従業員はXらの意思確認を怠り、Xらに損害を与えたとして、不法行為（民法七一五条）に基づく損害賠償を請求した。

一審（東京地判平成一二年一〇月一八日金判一一三四号二六頁）は、各解約・払戻しはXらの意思によるもの、またはAの権限に基づいてなされたものであるとした。しかし、預金担保貸付と当座預金口座の開設については、X1に無断でなされたものであり、YにはX1の意思確認を十分にしていなかった過失があるとして、Xらの請求を一部認容した（過失相殺三割）。これに対してXらが控訴し、Yが附帯控訴した。

〈判旨〉原判決一部取消し（請求棄却）、控訴棄却。「Aによる預金払戻し及び預金担保借入れが仮にXらに無断でなされたものであるとすれば、表見代理、債権の準占有者に対する弁済等の抗弁が成立し、預金払戻し及び預金担保借入れの効果がXらに及ぶことが認められない限り、預金払戻し及び預金担保借入れの効果がXらに及ぶことはないから、Xらに損害は発生しないことになり、したがって、仮にYの職員にAによる預金払戻し又は預金担保借入れにつき何らかの注意義務違反が認められるとしても、不法行為は成立しないものといわざるを得ない。また、仮にAによる預金払戻し及び預金担保借入れにつき表見代理、債権の準占有者に対する弁済等の抗弁が成立し、預金払戻し及び預金担保借入れの効果がXらに及ぶと認められる場合は、Yの職員には預金払戻し及び預金担保借入れに応じたことにつき過失がないと認定される場合であるから、この場合にも、不法行為が成

立することはあり得ず、Xらが損害賠償請求権を取得することはない。そうすると、Aによる無断預金払戻し及び無断預金担保借入れを理由とするXらの本件各請求は、Yの職員の過失の有無にかかわらず、そもそも成り立ち得ないものであって、その点において既に理由がないことが明らかであるといわざるを得ない」。

二 判例の判断基準

この紛争類型は、債務者が無権利者に対して弁済をした場合に、真の権利者が債務者に対して、払戻金相当額を損害として不法行為に基づき損害賠償を請求するというものである。従来の裁判例では、このような請求をする場合には二つのタイプがある。

(a) 予備的請求型

【5】【6】【7】は、いずれも、債権者が債務者に対して、主位的に本来的履行を請求し、予備的に不法行為に基づく損害賠償を請求した事例である。【5】では、主位的請求と予備的請求との関係が必ずしも明らかでないが、判決では、払戻しが無効であるというのが主位的な主張であり、損害賠償請求は予備的な主張にすぎないとし、原審が払戻しの無効であることを認めて請求を認容した以上、後者の請求につき過失の有無を判断する必要はないとしたものである。【6】は、いずれの請求も否定し、民法四七八条によって無権利者に対する弁済（恩給の支払い）が有効となった以上、もし損害賠償請求を認めたのでは、弁済を有効とした経済上の意義が没却されるとしている（なお、弁済が無効である場合には、債権者は損害賠償請求をなしうるとも述べている）。また、【7】は、四七八条の抗弁を認めて預金返還請求を否定し、債務の履行について債務者に過失がない以上、それ以上不法行為の原因となる過失はないとしている。

これらの結論について、実質論としては、異論のないところであろう(9)。まず、【5】のように、主位的請求を認容する場合には、予備的請求を判断するまでもなく、これを認める余地はない。しかし、【6】【7】のように、主位的主張を否定し、弁済が有効であるとする場合には、理論上は、両請求における過失判断は別個のものであるとして、債務者の行為が不法行為に当たるという判断をすることも考えられる。しかし両判決は、このような場合には不法行為に当たるか否かの判断をするまでもないとしており、これは、両請求が実質的には同一の請求であるという、請求の同質性を重視しているからではないかと思われる。

(b) 単独請求型

それでは、主位的請求である履行請求をすることなく、はじめから払戻金相当額を損害として債務者に対して不法行為による損害賠償を請求した場合はどうであろうか。【8】【9】【10】【11】【12】がこのような場合に当たる（ただし、【8】【11】は無権利者と債務者との共同不法行為であるという請求である）。

これらのうち、【9】【10】【11】は、いずれも、本来的履行請求と不法行為との関係を論ずることなく、債務者による無権利者への弁済に過失があったか否かのみを問題としてい

る。他方【8】は、無権利者に対する払戻しが準占有者に対する弁済に当たらないにもかかわらず払戻しをしたことが過失であるとしている。しかしこれは、不法行為の判断に先立って本来的請求の可否が判断されなければならないとの趣旨ではなく、不法行為における過失の有無の問題として論じているにすぎないものと思われる。このような意味からすれば、これらにおける過失の判断構造は、一方では、本来的請求をした場合の弁済の効力判断とかかわりがなくなされているが、他方では、その実際の内容は、本来的請求がなされた場合の民法四七八条の適用の有無の判断構造と同一であるといえよう。すなわち、これらでは、本来的請求によるか不法行為によるかは、無権利者に対する払戻しという一つの事実に対して、債権者が債務者の責任を追及する際の法律構成の違いにすぎないと捉えられているように思われる。

これに対して、【12】は、本来的請求と不法行為による請求との関係を直接論じている。そして、無権利者に対する払戻し等が無効であれば、債権者には損害が発生していないことになり、たとえ債務者等に注意義務違反が認められるとしても、不法行為は成立せず、また、払戻し等が有効であれば、債務者等には過失がなかったことになるので、この場合にも不法行為は成立しないとして、不法行為に基づく請求は、そもそも成り立ちえないものであるとしているのである。これによれば、無権利者に対する払戻しがなされた場合には、債権者は債務者に対し本来的請求だけをすべきことになる。これは、不法行為による請求について、(a)の予備請求型の裁判例とは異なる考え方に立つもののように見えるが、実際には、本来的請求と不法行為による請求との同質性を説く点では共通しており、ただ、本来的請求の優先性を認めるという点に特徴があるといえることができる。

三 債務不履行による損害賠償請求の実体を有する損害賠償請求

真の債権者が債務者に対して不法行為に基づき債権相当額を損害として損害賠償を請求する場合は、実質的には債権の本来的請求と同質であるから、【12】のいうように、本来的請求権がなお存在しているか否かだけを論ずればよく、損害賠償請求が問題になることはないようにも思われる(10)。しかし、本来的請求をすることなく、不法行為による請求をした場合に、本来的請求のみをすべきであるとまでいえるかについては疑問がある。

このような問題が生じるのは、金銭債権においては、無権利者に対して払戻しがなされてもなお本来的履行請求が可能であると構成されるためである。しかし、少なくとも預金取引において、預金者が払戻しをした金融機関に対して不法行為による損害賠償を請求する趣旨・実体は、端的に「自分の預金を失くした責任を取れ」ということにあるのではないだろうか。これは一般の金銭債権には通常見られない預金取引の特性であるように思われる。

仮に動産の寄託契約において、受寄者が動産を無権利者に返還した場合であれば、寄託者が受寄者に対して本来的請求として動産の返還を請求する意味はなく、寄託契約の債務不履行に基づく損害賠償責任を追及することになる。これに対して受寄者による無権利者

への返還が弁済として有効であると判断されれば、受寄者は責任を負わない。すなわち、寄託契約の目的物が動産である場合には、寄託者・受寄者間では、損害賠償請求の可否だけが問題になるのである。これに対して、金銭の預託の場合には、金銭所有権の特殊性から、履行不能がないと構成されるため、債務者に過失があれば、無権利者に対する払戻しは無効となって、払戻しはなかったと構成される結果、金銭の返還請求が可能になるのである。このように、この紛争類型において、本来的請求をすることが可能なのは、ひとえに金銭債権の特殊性に由来する。

【5】～【11】の説くところは、預金取引が上記の動産の寄託契約の場合と類似していると捉えたほうが、よりよく理解できるのではなかろうか。すなわち、預金取引における真の預金者の金融機関に対する請求は、たとえどのような法律構成を取ろうとも、その実質的意味は、債務不履行による損害賠償請求であると解すべきではなかろうか。したがってまた、契約の本来的な履行請求と、不法行為に基づく損害賠償請求とは、実質的には同じ判断を求めるものであり、真の預金者は、そのいずれによってもよいが、両請求は選択的かつ排他的関係にあると解すべきである。【12】は、本来的請求の優位を説き、不法行為による請求は成り立たないとまで述べているが、金銭債権の場合に本来的請求が可能であること自体が特殊なのであり、預金取引においてその特殊性を前提に形式論理を展開することは妥当でないように思われる。確かに、効果の点で、過失相殺の可否(11)、時効期間の相違といった違いが生じるが、これは一つの実質（債務不履行による損害賠償という実質）に対する法律構成の仕方による違いとして容認すべきであり、当該事案の特殊性に応じて債権者が自己に有利と考える構成を選択すればよいことである。むしろ、不法行為による請求によるときは、債務者とともに無権利者を共同被告として共同不法行為の主張が可能となり、債務者に対して本来的請求をしつつ無権利者に対して不法行為による請求をすることが主観的予備的併合となることを回避できるという利点もある。

このように、この類型における不法行為による請求は、金銭所有権の特殊性から、債務不履行による損害賠償請求と構成できないことの代替手段という実質を有しており、預金取引においては、その実質を重視して、本来的請求と択一的に行使することができると解すべきある。

2-4 金融機関による無権利者に対する不当利得返還請求

一 判例

預金が無権利者に対して払い戻された場合に、払戻しをした金融機関が無権利者に対して不当利得返還請求をすることがある。このような紛争類型に属する判例として以下のものがある。

【13】最判平成一七年七月一日判時一九一一号三頁、金法一七五九号五九頁、判タ一一九二号二五三頁、金判一二一一号七頁、金判一二三三号四三頁

〈事案〉Aは、X銀行に約四四三七万円の定期預金を有していたが、平成一〇年三月に死亡し、Aとその前夫Bとの間の子であるC、Aとその後夫Dとの間の子であるY1およびY2の三人が相続した。Aの遺産には預金のほかに土地があり、Y2の依頼を受けた司法書士がCの意向を確認したところ、Cは、金銭はいらない旨の発言をするとともに、土地の取得に強い意欲を示した。そこでYらは、平成一〇年六月、Xにおいて預金全額の払戻しを受けた。しかしその後、Cは、預金の三分の一を相続により取得したと主張して、Xに対して約一四七九万円等の支払いを求める訴えを提起した（甲事件）。これに対してXは、預金の払戻し前にCとYらの間でCが預金を取得しないことを内容とする遺産の一部分割の合意がなされたと主張して争うとともに、Yらが約一四七九万円を不当に利得したと主張して、Y1、Y2に対してそれぞれ約七三九万円等の支払いを求める訴えを提起した（乙事件）。甲事件と乙事件の口頭弁論は併合して審理された。

一審（札幌地判平成一六年一月二八日金判一二三三号五三頁）は、上記合意の存在を認定し、甲事件、乙事件ともに請求を棄却した。これに対して原審（札幌高判平成一六年九月一〇日金判一二三三号四九頁）は、合意の存在を否定し、甲事件についてCの請求を認容したが、乙事件については、甲事件にかかる判決が確定し、Cに対して現実に弁済した後でなければXに損失は生じていないとして、Xの不当利得返還請求を認めなかった。そこでXが上告受理申立てをしたところ、乙事件に関する部分が受理された。

〈判旨〉一部破棄自判、一部棄却。「Yらは、本件預金のうちCの法定相続分相当額の預金については、これを受領する権限がなかったにもかかわらず、払戻しを受けたものであり、また、この払戻しが債権の準占有者に対する弁済に当たるということもできないというのである。そうすると、本件払戻しのうちCの法定相続分相当額の預金の払戻しは弁済としての効力がなく、Cは、本件預金債権のうちCの法定相続分に相当する預金債権を失わないことになる。したがって、Xは、本件払戻しをしたことにより、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員の損失を被ったことは明らかである。……したがって、Xは、Yらに対し、本件払戻しをした時点において、本件預金のうちCの法定相続分に相当する金員について、Yらに対する不当利得返還請求権を取得したものというべきである。」

二 判例の判断基準

【13】の説くところは、預金の払戻しが無効であることを前提にすれば、至極当然のことである。逆に、無権利者への払戻しにつき民法四七八条が適用され、それが確定している場合であれば、払戻しをした銀行には損失がなく、無権利者に対する不当利得返還請求権は否定される(12)。

問題は、払戻しの効力が未確定である場合であり、従来の判例・学説では見解が分かれている。一方では、弁済者が債権者に対して四七八条により履行拒絶する権利を行使しないつもりであれば、無権利者に対する不当利得返還請求を認めてよいとする説(13)のほか、弁済者が四七八条を援用してはじめて弁済の効果が確定的になるとする説(14)があり、これ

らによれば、弁済者が四七八条を援用しないことを条件として、無権利者に対する不当利得返還請求を認めるということになろう(15)。しかし他方では、両請求がなされる可能性を否定できず、債務者が債権者に対して四七八条の抗弁と同時に、弁済受領者に不当利得の返還を請求することも可能であるとする説もある(16)。

【13】では、控訴審まで真の債権者から債務者に対する払戻請求と債務者から無権利者に対する不当利得返還請求が併合審理されたため、原審は、払戻請求の是非が確定して真の債権者に現実に払戻しをした後でなければ損失は生じないとした。しかし上告審では、不当利得返還請求だけが上告受理されたため、払戻しをした時点で損失を被ったとされたにすぎない。本判決によって、払戻しの無効が確定していなくとも不当利得返還請求が認められる途が開けたと解する見方もあるが(17)、むしろそうではなく、本判決は、債権者からの請求事件を上告受理しないとすることによって払戻しが無効であることを確定させ、かつ、債権者への払戻しを条件として不当利得返還請求権を発生させることにより、払戻し無効確定後の不当利得返還請求の場合と同視する方法を採ったと見るべきであろう。

三 賠償者による代位の実体を有する不当利得返還請求

債務者が債権者からの履行請求に対して四七八条の主張をしつつ、同時に無権利者に対して不当利得の返還を請求できるかという問題は、金銭債権に特有の問題である。金銭債権であっても、債権者が債務者に対して損害賠償を請求した場合であれば、債務者は、賠償者による代位（民法四二二条）によって、無権利者に対する不当利得返還請求権を行使することになる。しかし、金銭債権においては、損害賠償請求をする以前に、金銭債権の特殊性から、債権者は債務者に対して本来的履行請求をすることが可能であり、これと債務者が無権利者に対してする不当利得返還請求とは、理論上、代位の関係にないので、形式上併存しうることになるわけである。しかし、問題を実質的に見れば、債務者が一方で債権者に対して弁済の有効であることを主張しておきながら、他方では無権利者に対してその無効を主張することは、矛盾行為というべきであり、これを信義則によって処理することには、十分意味がある(18)。

しかし、少なくとも預金取引において、無権利者に払戻しをした金融機関が無権利者に対して払戻金の返還を請求する趣旨・実体は、端的に「他人の預金だから返せ」ということにあり、払戻しをした金融機関の責任として、預金者から無権利者に対する返還請求を肩代わりしているというものではなかろうか。これは一般の金銭債権には通常見られない預金取引の特性であるように思われる。

仮に寄託契約の目的物が動産であるときは、無権利者に目的物を返還した受寄者は、もはや目的物を保有していないので、寄託者は、受寄者に対しては、目的物返還債務の債務不履行による損害賠償を請求するほかない。そして損害賠償をした受寄者は、賠償者による代位によって、寄託者が有する権利につき当然に代位し、無権利者に対して物権的返還請求権を行使する。すなわち、債権者に対して実際に賠償したことを条件として無権利者

に対して権利を行使することになる。そして、このことを預金取引が債権取引であるという枠内で法律構成に反映させるためには、預金者との関係で無権利者に対してなした払戻しの効力が未定な間において、金融機関が無権利者に対して不当利得返還請求をしたときは、もはや、預金者に対して民法四七八条を援用する権利を放棄したものと解すべきであるように思われる。このように解するときは、結果的に、金融機関は、動産の寄託契約において寄託者に対して損害賠償をした受寄者が無権利者に対する物権的返還請求権ないし不当利得返還請求権を代位により取得したのと同様な立場になるといえよう。

2—5 まとめ

動産の寄託契約において、受寄者が寄託物を無権利者に返還した場合には、債権者である寄託者は、①無権利者に対して寄託物の物権的返還請求権を有するとともに、②債務者である受寄者に対して債務不履行による損害賠償請求権を有する。そして、③受寄者は、寄託者に対して損害賠償をすることによって、寄託者に代位し、無権利者に対して物権的返還請求権を行使する。

これに対して、金銭債権について、債務者が無権利者に対して弁済をした場合には、債権者が取りうる手段として考えられるものとしては、①無権利者に対する不当利得返還請求または不法行為による損害賠償請求、②債務者に対する本来的履行請求、または③不法行為による損害賠償請求の選択行使があり、また④債務者には、無権利者に対する不当利得返還請求が考えられる。しかし、金銭債権の場合には、金銭所有権の特殊性から、無権利者に対する弁済がなされても債務者に対する債権者の本来的履行請求権が履行不能となることはないので、②の本来的履行請求の優位が認められ、①は②が成立しない場合に行使すればよく、③は②が成立すれば成立しない。他方、④は②とは無関係なものとして問題になる。

ところが預金取引においては、上記と同様、金銭債権が問題であるにもかかわらず、無権利者に対して払戻しがなされた場合における不当利得返還請求、不法行為による損害賠償請求についての従来の裁判例を分析すると、通常金銭債権の枠組みの中で、動産の寄託契約におけるのと類似した要素が考慮されているのではないかと、またはそのような要素を考慮すべきではないかと思われる事情が存在することが明らかとなった。すなわち、①の無権利者に対する不当利得返還請求または不法行為による損害賠償請求は、②の可否すなわち払戻しの効力確定にかかわらず認められるべきである。また、③の債務者に対する不法行為による損害賠償請求は、②と選択的に認められるべきである。さらに、④の債務者による無権利者に対する不当利得返還請求については、これらとは逆に、②の請求に応じることを条件として認められるべきである。

このような構成は、預金取引に関する不当利得返還請求・損害賠償請求の場面において、預金契約を物の寄託契約と類似した要素があると見ることに基づくものである。しかし、

このような構成も、預金取引には債権取引の側面と同時に、端的に、出損者が預けた物の返還を請求するという物権的側面があることを重視することによって是認できるのではないかとと思われる(19)。

- (1) 第二章第三節 1—2 参照。
- (2) もとより、ここでの検討は、不当利得の一般理論を論ずるものではなく、また、金銭所有権一般を論ずるものではない。あくまで預金取引の特殊性に焦点を合わせたものである。不当利得法の現状と展望については、松岡久和「不当利得法の全体像—給付利得法の位置づけを中心に」ジュリスト一四二八号四頁参照。また、誤振込等に関する近時の判例を素材にしながら、金銭の物権的性質に目を向けて、債権としての性格と物権としての性格が紛争の場によって使い分けられることを指摘するものとして、伊藤高義「金銭の返還請求権の場についての考察」愛知学院大学論叢法学研究五二巻三・四号一頁がある。
- (3) 潮見佳男『債権総論〔第四版〕』（二〇一二年、信山社）三三五頁。笠井修「判批」法律のひろば五八巻一〇号五五頁は、無権利者の主張が信義則違反となる結果、損失が生じたという請求原因事実について当事者間で争いがなくなるとする。
- (4) 平野裕之「判批」私法判例リマークス三一号七三頁、藤原正則「判批」民商一三二巻一号一一七頁。
- (5) 浦野由紀子「判批」判例セレクト二〇〇四・二六頁。
- (6) 山田誠一「判批」平成一六年度重要判例解説八七頁。
- (7) 岡孝「判批」私法判例リマークス三二号九頁。
- (8) 角田美穂子「判批」法セミ六〇三号一二〇頁、小野秀誠「判批」金法一七四八号一〇頁。
- (9) 沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）八〇頁。前田達明『口述債権総論〔第三版〕』（一九九三年、成文堂）四五〇頁、三林宏・手形研究四〇四号二九頁。織田博子・手形研究四〇四号二八頁。
- (10) 学説でこれと同様の考え方を示すものとして、泰光昭「判批」金判一〇四九号九頁がある。
- (11) 【5】の評釈である、穂積重遠「判批」法協五四巻七号一八一頁は、不法行為であれば、過失相殺をすることが可能であることを指摘している。
- (12) 大判大正七年一二月七日民録二四輯二三一〇頁、大判昭和一二年一〇日一八日民集一六巻一五二五頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（一九七二年、有斐閣）三五八頁。
- (13) 我妻栄『新訂債権総論』（一九六四年、岩波書店）二八一頁。星野英一『民法概論Ⅲ』（一九七八年、良書普及会）二四三頁。
- (14) 沢井・前掲注(9)八一頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（一九九二年、悠々社）五一頁。

- (15) 加藤雅信『債権総論（新民法大系Ⅲ）』（二〇〇五年、有斐閣）三七九頁。
- (16) 藤原正則「判批」私法判例リマックス三四号四一頁。
- (17) 山根明「判批」NBL八一九号九頁。
- (18) 潮見・前掲注(3)三三六頁。原田剛「判批」法セミ六一〇号一二五頁は、無権代理人が民法一一七条の責任を追及された場合に表見代理の抗弁を援用することが否定されることとの類比から、四七八条の援用を否定する。
- (19) 武川幸嗣「判批」判例評論六四〇号五頁（判時二一四五号一五一頁）は【4】の評釈であり、私見と分析の視点および結論は異なるが、無権利者に対する払戻しに関して、私見と同様に、問題類型ごとの考察がなされている。

第三章 表見代理の帰責構造

第一節 表見代理の帰責根拠

1 表見代理の帰責根拠と「認容」

1-1 はじめに

民法には無権利者による財産処分行為であっても財産権の取得を有効とし、または無権限者による法律行為であっても法律行為を有効とする制度がある。民法九四条二項、九六条三項、表見代理（民法一〇九条・一一〇条・一一二条）、一九二条、四七八条などがそうであり、これらは表見法理と総称される。これらの表見法理は、それぞれの分野において、とくに戦後の判例・学説により適用・類推適用範囲が拡大され、第三者保護が広範に認められるようになり、それとともに、真の権利者・本人の帰責根拠が問題にされている(1)。

しかし、代表的な表見法理である表見代理に関しては、後述のように、ドイツにおいて以前から表見代理の成立に認容（Duldung）が必要か否かという議論がなされており、このような議論の状況は、わが国にもすでに多くの研究を通じて紹介されている。ドイツの代理制度においては、一方ではわが国とは異なり、表見代理に関する直接的な規定がなく、他方ではわが国で認められていない外部授權（相手方に対する代理権授与表示）が認められている。このような状況下で、外部授權以外に表見代理が認められるか、また認められるべきだとしても、本人の認容がある場合に限るべきかそれとも一般的な信頼保護にまで拡大すべきかが議論されてきた。このような議論は、表見代理につき明文を欠いているからこそ、帰責根拠を理論的に明らかにする必要があるとの認識に基づいてなされてきたものであり、制度の違いを超えて、わが国における表見代理の理解、ひいては表見法理一般における帰責根拠の理解にとって参考になるものと思われる。

そこで以下では、ドイツの表見代理に関する議論をこれまでの研究成果に依拠しつつ整理し、わが国の表見代理の帰責根拠およびそれと認容との関係をいかに理解すべきかを検討したい(2)。

1-2 ドイツにおける表見代理の帰責根拠

一 議論の概要

ドイツの表見代理については、すでにこれまで数多くの研究があり(3)、これらによって、ドイツにおける表見代理の全容が明らかとなっている(4)。そこで以下では、これらの研究成果を基にしつつ、これに併せてドイツの近年の文献をも参照しながら(5)、ドイツにおける表見代理の帰責根拠に関する議論の概要を整理することにする(6)。

従来の研究を整理してみると、ドイツにおける表見代理の議論には、二つの軸があることがわかる。すなわち、第一は、外部授權を認める明文規定以外に、認容代理、外見代理という三つのタイプのうち、どこまでを表見代理として認めるかという表見代理の範囲の議論であり、第二は、それを意思表示論とどのように関係づけるかという表見代理の根拠の議論である。これらの議論は、必ずしも対応関係にあるわけではないが、後者の議論において意思表示論からの基礎づけを重視する見解ほど、前者の議論において表見代理を認める範囲が狭いという傾向がある。

(1) 外部授權

ドイツでは、代理權授与の方式について、わが国の判例・通説と異なり、明文で外部授權（外部的代理權授与）が認められている（B G B 一七一条～一七三条）。すなわち、ドイツでは、代理權授与についてその基礎となる事務處理契約からの無因性が認められているが（B G B 一六八条一文）、これは、代理權がそもそも存在しない場合にまで貫かれているわけではない。このため代理權の不存在から相手方を保護するために、B G B 一七一条～一七三条では、相手方に対して代理權の授与通知（委任状または自署名文書による通知）という明示の意思表示をした場合には、たとえ代理權が消滅した場合でも、善意無過失の相手方は代理權消滅の通知を受けるまで保護される(7)。

しかし、このような規定だけでは、取引における代理制度の利用拡大に伴う相手方保護の要請に対応できない。このためすでに戦前の判例は、黙示による代理權授与（黙示の内部授權および黙示の外部授權）として相手方の保護の拡大をはかったが、これは授權による有權代理という構成であるため、意思の極端な擬制であるとの批判を受けることになった(8)。

(2) 認容代理 (Duldungsvollmacht)

認容代理とは、無權代理行為を認識・認容しているが、代理權授与の意思もその意識もない場合に、この意識的認容を帰責要件として相手方を保護する概念である(9)。明文はないが、戦後の判例および学説により認められるようになった。認容代理を認めるという点では、判例・学説上今日異論がないが、その法律構成にはさまざまなものがある。それを並列的に整理すれば以下のようなになる。

① 有權代理構成 代理權授与通知は代理權証明行為であり、代理効果引受意思を含む点で外部授權と同じであるとする見解がある。これは、意思表示の成立につき表示意識必要説に立ち、表示意識があれば意思表示が成立すると解するので、代理權授与通知に意識的認容があれば有權代理になると解するのである(10)。

② 黙示の代理權授与構成 意識的な代理權授与通知は意思表示ではないが、相手方を信頼させる点とその意識が本人にある点で外部的代理權授与と法的に同質であり、このために本人が責任を負うのがB G B 一七一条、一七二条であるとする見解がある。そして、認容代理は黙示の意識的な容態による通知があったといえとする(11)。

③ 權利外觀理論構成 權利外觀理論によりつつ、その帰責原理を危険主義（危険の

支配)に求める見解がある。それによれば、権利外観の意識的作出により他人を誤信させる危険と外観が濫用される危険を惹起したことにより本人は責任を負うとし(12)、意識的認容を要件とする(13)。

(3) 外見代理 (Anscheinsvollmacht)

本人が代理権授与について認識すらない場合でも、過失(注意義務違反)を根拠に善意無過失の相手方を保護するのが外見代理という概念である。戦後の判例により認められているが(14)、近年の学説ではこれを批判し、認容代理のみ認める見解が多い。これらの法律構成を並列的に整理すれば以下になる。

① 判 例 判例は、本人の意思表示または意思活動は不要であり(15)、無権代理行為を認識・認容していなかったが、取引上要求される注意義務を尽せばそれを認識し阻止できた場合には、権利外観理論により、信義則に基づく注意義務違反として外見代理が認められるとする(16)。学説でも、判例の見解を支持して、これを慣習法(17)、ないし判例法(18)であるとする見解がある。ただし、無権代理行為の一定の反復性と継続性が必要とされており(19)、注意義務違反の判断も厳格になされるので、外見代理の成立は限定的だと解されており(20)、実際に外見代理が認められているのは、大農場、税理士、建築士、弁護士事務所などの自由業組織や教会基金、市営金融機関、外郭団体など公法上の組織の代理関係が大半であるといわれている(21)。しかし近時では、認容代理との区別が不明確になっているとの指摘もある(22)。

② 外見代理否定説 認容代理についての①～③の見解は、法律構成は異なるが、いずれも本人の意識的な認容を要求するので、これが存在しない外見代理を否定する(23)。すなわち、本人の注意義務の存在を認めることはできず、また、たとえ注意義務違反であるとしても、損害賠償責任を超えて法律行為を有効とすることはできないとする(24)。ただし、例外的に、商取引ないし商人類似組織の場合には、信頼を保護する利益があるとして外見代理を承認する見解もある(25)。

③ 外見代理承認説 学説では、外見代理を認める見解は多くないが、本人の帰責根拠を報償責任・危険支配責任に求め、本人は過失の有無にかかわらず責任を負うとしつつ、相手方に厳格な調査確認義務を課すことによって利益衡量により外見代理を認める見解がある(26)。

また、意思表示につき、表示意識不要説に立ち、過失と認識・阻止可能性を帰責要件とする外見代理も有権代理に収まるとする見解がある。すなわち、表示につき過失と認識・阻止可能性があればよいという意思表示の成立要件(表示意識不要説)は、外見代理の帰責要件と一致するとするので、外見代理も承認されるとする。ただし、この見解は外見代理を黙示の代理権授与と構成しつつ表示意識不要説に立つので、通知意思の欠缺は錯誤取消の対象となり、最終的には取消しにより信頼利益の賠償となる(27)。

二 ドイツにおける議論の整理

ドイツでは外部授權が認められる一方、表見代理規定を欠いている。また、意思表示の一般理論としては、長い間、表示意識必要説が通説であった。これに対して、わが国の判例・通説によれば、代理權授与行為は代理人との契約であると構成され、外部授權は認められないが、他方では、民法上明文で表見代理規定が置かれ、また、意思表示の一般理論としては、意思表示の成立について表示意識不要説が通説である(28)。ドイツの議論を参照するにあたっては、このような違いをふまえたものでなければならない。このように解するならば、以上のようなドイツにおける表見代理の議論は、わが国との関係では次のように整理することができるであろう。

① わが国では、外部授權が認められない以上、代理權授与通知を意思表示と構成することはできず、代理權授与の意思がない場合には無償代理である。したがって、意思表示につき表示意識必要説によろうと不要説によろうと、代理權授与表示をもって有権代理であると構成することはできない。わが国においても、相手方に対して代理權授与表示をした場合に代理人に対する代理權授与行為があったと事実認定することができる場合があることは否定できないが（有権代理への繰り込み）、このような意思がなく代理權授与の表示のみが存在する場合までも有権代理と構成することは無理である。また、代理の成立を認めつつ錯誤として取消しの対象となると構成することも、有権代理を前提としており、同様にして認めることができない。さらに、代理權授与通知は意思表示ではないが、意思表示があったと同等に評価できるとする構成もまた、これを有権代理と構成する限りでは、上記と同様、外部授權を認めないわが国では採ることができない。

② 外部授權や表示意識必要説を前提にせず、表見代理は無権代理であることを前提にしても、本人の「意識的認容」または「過失」は、これを無権代理行為に対する相手方の信頼を保護するための帰責根拠として構成すれば、わが国においても受け容れることが可能である。しかし両者は、無権代理行為に対する本人の認識の有無の点では決定的に異なる。

したがって、わが国における帰責根拠を検討するにあたっては、このような違いを法的にはどのように扱うのかが大きな問題になるといえる。

このように、ドイツの表見代理の議論からわが国において参考になるのは、その実質判断であり、「意識的認容がある場合には本人が責任を負う」という点では異論がないこと、および「過失がある場合にはこれを代理意思ないし意識的認容と同等に評価できる」という点では見解が分かれるということであろう。

1－3 わが国における表見代理の帰責根拠

わが国の表見代理における本人の帰責根拠につき、ドイツ法を参考に理論的検討をする代表的な見解は、高橋三知雄教授、安永正昭教授、佐久間毅教授、臼井豊教授である。以

下ではこれらの見解が本人の意識的認容を帰責根拠と捉えているのか、それとも意識的認容がない場合にも何らかの別の要素に帰責根拠を認めているのかに注意しながら、わが国の表見代理の帰責根拠を検討することにする。

わが国の表見代理は、判例・通説によれば、民法一〇九条、一一〇条、一二条のいずれもが無権代理であっても、一方で、代理権があるかの外観を作出したことに本人の帰責性があり、他方で、相手方が代理権の存在を信頼するのもやむを得ない事情がある場合に、本人は代理行為の効果帰属を拒否できないという点で共通している。しかし、とくにこれらの二つの要素のうち、各規定における本人の帰責根拠については、それぞれ相当異なる議論が展開されている。

一 民法一〇九条の帰責根拠

民法一〇九条によれば、第三者に対して、他人に代理権を与えた旨を表示した者は、第三者が善意無過失であるときは、その他人がした代理行為について責任を負う。この規定の趣旨については、起草段階から議論があり、有権代理として外部授權を認める趣旨であると解する見解も存在した(29)。その後の学説においても、高橋教授は、ドイツの議論を参考に、一〇九条の表見代理を有権代理と構成する(30)。しかし、これはドイツにおける外部授權そのものであり、かつ意思表示につき表示意識必要説によっており、代理の法的構成に関する現在の判例・通説を前提にする限り、採ることができない。

本条を無権代理と解する説においても、前述のようなドイツにおける表見代理論における議論の違いを反映して、本条における本人の帰責根拠をどのように説明するかについて違いがある。すなわち、安永教授は、直接には民法一〇九条について言及しているわけではないが、一一〇条をはじめとする表見代理の各規定を、危険主義の立場から、他人を誤信させるような外観を支配し得たこと（危険支配）という観点から理解しているように思われる(31)。

これに対して佐久間教授は、表見代理の法的構成は一般の意思表示準則を反映したものであるとの観点から、表示意識を基礎として本条を基礎づける。すなわち、まず代理権授与表示は事実の通知であり有権代理構成は採れないとしたうえで(32)、しかしその果たす機能は意思表示と全く同一であり、本人から相手方に対してなされる資格証明の表示が、行為者に代理権ありと認めてよいと相手方に考えさせ、かつ、相手方がそう考えることが正当であるときには、実際の代理権授与に代わるものとして承認されなければならない、それを認めているのが表見代理に関する各規定であり、一〇九条はこの趣旨をもっとも端的に表しているとする(33)。つまり、一〇九条の表見代理は、意思表示による関係形成ではないが、代理権授与表示をしたことを帰責根拠として認められる信頼責任であるとする(34)。そして、意思表示についての表示意識必要説の立場から、この代理権授与表示には、本人の表示意識（当該容態が代理権授与の表示たりうることの具体的認識）を要求すべきであるとする(35)。

また臼井教授は、わが国の表見代理における帰責根拠の議論について、抽象的な権利外観理論によるのではなく、帰責性に配慮した法的構成・法的根拠の解明が必要であるとして、ドイツ法の議論の状況から以下のような示唆を受けることができるとする。すなわち、帰責性については、不明確な衡平原理ではなく、表示意識に関する意思表示帰責論を表見代理の帰責性に反映させるべきであるとする。そして具体的には、代理権授与通知を重視すべきであるとし、一〇九条は代理権授与通知という自己決定行為を帰責根拠とする表示責任であると構成する。この点では佐久間説と同様の方向を示唆するが、臼井説によれば、単なる代理権の外観では足りず、黙示の代理権授与通知という本人の客観的容態（認容的言動）が必要であるとする(36)。

このような各見解の違いは、ドイツにおける表見代理の議論を反映している。しかし、同条は、代理権を与えたかのような表示をした本人の責任に関する規定であると解し、帰責根拠を本人の意識的な認容に基づく表示責任に求めることでは異論がないといってよいであろう。

二 民法一一〇条の帰責根拠

民法一一〇条によれば、代理人がその権限の範囲外の代理行為をした場合に、相手方が代理人の権限があると信ずる正当な理由があるときは、本人はその代理行為について責任を負う。この場合、本人は代理人に真実代理権ないし権限を付与しているが、そのこと自体には何ら非難されるべき直接的な要素はない。しかし、この代理権ないし権限を与えたことが権限外の代理行為の原因であることに疑いはなく、この点をどのように理解するかによって本条の趣旨の理解が大きく異なることになる。

安永教授は、本条もまた、危険主義の立場から、代理権を越える代理行為ができるような外観を本人が表示したとして、一〇九条と同質の本人の表示責任であると構成する(37)。これは、ドイツでは一一〇条のような規定がなく、すべてを表示責任の問題として議論していることに付合する。たしかに、このような理解によれば、代理権授与表示を本人自らが意識してした場合だけでなく、過失によってそのような表示をしたこともまた、相手方をして代理権があると信じさせるような危険を惹起した点では同列であると解することができる余地がある。ドイツでは、過失を帰責根拠とすることについては、すでに見たように、近年では批判が強いが、問題はわが国において危険責任という根拠が適合的であれば、それによることを回避すべき理由とはならない。しかし、一一〇条において、基本代理権ないし基本権限を付与したことをもって、越権代理行為について本人が代理権授与表示をしたと同様に扱うことができると解することには疑問がある。一一〇条で本人がしたのは有効な代理権を授与したことのみにあり、越権代理がなされなければ完全に有効な代理になるにすぎない。また、越権代理が行われるような危険な権利外観を作出し、かつ、それを放置したという場合はありうるが、すべての場合がそうであるとはいえない。越権代理において危険を惹起したのは代理人自身であり、本人は、そのような行為がなされる基礎

を提供したという意味では越権代理の原因を作出しており、一定の責任を負うべきだといえるが、それを一律に過失と評価することはできないのではなかろうか。また、仮に基本代理権や基本権限を付与したことを過失と評価できるとしても、過失は、不法行為に基づく損害賠償請求権の発生根拠にはなりうるとしても、現在のわが国の意思表示論ないし法律行為論においては、法律行為の発生根拠は効果意思の存在に求められており、過失により法律行為を成立させることはできないように思われる。

このように考えると、故意による代理権授与表示の場合である一〇九条と本条の場合とは、本人の帰責性には明らかな違いがあり、これを危険責任として同列に扱うことは、行き過ぎであるように思われ、一一〇条における本人の責任は、その後に行われた越権行為に対してどの程度原因を与えたといえるかということと、相手方の正当理由との相関判断によらざるを得ないように思われる。一一〇条は本人の意思的認容によっても基本代理権ないし基本権限を与えこと自体を過失と構成することによっても本人の帰責を根拠づけることは困難であり、帰責根拠の点では、越権行為に対して程度差のある帰責性に基づく特殊な規定であるといわざるを得ない。これについて一律に過失を観念して危険責任の範ちゅうに含めることは、かえって表見代理全体についての本人の帰責根拠をすべての場合に過失にまで拡大してしまうという結果になるのではなかろうか。

これに対して佐久間教授は、表示意識を基礎として表見代理法を基礎づける立場から、一一〇条もまた、本人が代理人を使者に用いて相手方に対して代理権授与表示をした場合であり、一〇九条と本質的に同様であるとし(38)、本人は、基本代理権を授与していたことで相手に対して一定内容の代理権授与表示をする表示意識を有しており(39)、代理人が本来なすべき表示とは異なる表示をした場合であって(40)、代理人がいくら表示内容を改ざんしようとも本人の表示であることに変わりはないとする(41)。そして、このように越権事項につき代理権授与表示がなされたといえるか否かは、意思表示解釈に準じて、相手方からみた規範的解釈により確定されるので、相手方に正当理由があるときには代理権授与表示があったことになるとするのである(42)。

わが国の民法解釈において、意思表示につき表示意識必要説によるべきか否かという点についてはここで検討することができないが、表見代理に限ってみれば、表示意識の存否により表見代理行為の成立を判断し、効果意思の不存在は意思表示準則に従い錯誤において処理するという構成は理論的にきわめて一貫しており、表見代理は基本代理権の付与に基づく表示意識の表示責任として再構成されるようにも思われる。しかし、それにもかかわらず、一〇九条のみならず、一一〇条もまたこれと同質の責任構造にあるとしてこれをすべて表示意識から根拠づけることには疑問がある。すなわち、一一〇条の越権代理において、本人が基本代理権を授与していたことにより使者を通じて相手方に対して一定内容の代理権授与表示をする表示意識を有していたとするが、それは越権事項についての意識ではない。佐久間説はこの点を意思表示解釈の準則に従って相手方がその表示をどう受けとめたかによるとするが、そのような意思表示の規範的解釈は、表示意識必要説を前提と

し、かつ有効な法律行為・意思表示に関する解釈準則であり、それを権限のない代理行為の解釈に持ち込むことは疑問である。このような解釈を認めるならば、越権行為は表示意識の表示により有効な代理行為となり、表見代理は有権代理であると構成することになってしまうはずである。前述のように、基本代理権ないし基本権限を授与したこと自体が過失であると構成することには無理があるのと同様、それにより直ちに越権行為についての表示意識が表示されていると構成することにも無理があるのではなかろうか。仮に表示意識を問題にするとしても、それは越権行為に対するものでなければならず、場合によってかなりの程度差があるものとなるのではなかろうか。また、通説である表示意識不要説の立場からすれば、一一〇条は、越権行為について代理権授与の意思がなく、また表示意識もないので、本人による意識的認容があったとはいえないが、それにもかかわらず責任を負う特殊な規定であると解すべきである。このように考えると、一〇九条のみならず、本条の表見代理を基本代理権の付与を理由に表示意識の表示責任であると構成することは、表示意識を過度に重視しかつその内容を拡大して解釈するものではないかと思われる。

臼井説は、一〇九条について、代理権授与通知という自己決定行為を帰責根拠とする表示責任であると構成するが、そのためには黙示の代理権授与通知という本人の客観的容態（認容的言動）が必要であるとする。このためこれを一一〇条から読み取るのは困難であるとし、一一〇条については、代理制度を反復・継続的に利用する企業組織内部の複雑かつ不透明な権限分配からの取引安全を保護するという角度からの分析が必要であり、いかなる場合には帰責性緩和が許されず、いかなる場合にはそれが許されるのかという観点からの整理が必要であるとする(43)。このように臼井教授の立場によれば、一一〇条では基本代理権を授与したことを越権行為に対する本人の代理権授与表示であるとはいえず、本条を認容的言動によっては根拠づけることはできないと解することになるのではなかろうか。

以上のように、一一〇条は、本人の帰責性の点で、ドイツで議論されている表見代理の場合に比べてかなりかけ離れた場合を扱っており、本条における帰責根拠をドイツの表見代理に関する議論を参考にして、危険責任ないし表示意識の表示という点から基礎づけることは困難ではなかろうか。本条においては、本人による代理権ないし権限の付与が越権行為が行われた原因であることに疑いなく、それは本人の意思に基づくものであるが、越権行為それ自体については、一一〇条の要件上、その範囲に相当の幅があり、すべての場合に本人に明確な意識的認容があるとはいえない点に問題がある。越権代理行為に対する本人の関与の程度には、越権代理に対する認容があったと評価できる場合から、越権行為が行われることをまったく予期せず、かつそのような認識に何ら非難されるべき要素がない場合までがあり得るのであって、場合によって相当程度の違いがあるのであり、認容の程度が強い場合には、相手方の正当事由との相関判断をするまでもなく本人の責任を基礎づけることができるが、その程度が希薄な場合には、代理制度に対する信頼を保護するために、そのような事情と相手方の正当理由とを相関的に判断して本人の責任を基礎づけるべきであろう。このように、本条は、無権代理人が代理人として行為することを認容して

いるという意味で越権行為に対する最低限の認容を基礎にしつつ、越権行為それ自体については本人の意識的な認容に基づくとはいえない場合もあるが、「認容」が本人の主観的な意思の認定の問題ではなく、本人の行為についての事実の評価の問題であるにとらえるならば、そのような場合も含めて、程度に幅のある認容に基づく制度であるといえるであろう。

三 民法一二条の帰責根拠

民法一二条では、代理権の消滅は善意無過失の第三者に対抗することができない。これについては、規定の仕方から、無権代理ではなく、有権代理の場合の代理権消滅の対抗問題であるとの理解がある(44)。このように解するならば、本条における本人の帰責根拠は有権代理であること、すなわち本人の意思であることとなる。また、このような理解は、外部授權の消滅の対抗に関するドイツ民法の規定やその解釈にも付合する(45)。しかし、通説は、本条は代理権消滅後に無権代理行為が行われた場合であり、表見代理の一つであると解している(46)。したがって、このような理解による限り、本条においても本人の帰責根拠は、意思以外に求めなければならない。これにつき、本条では、かつて付与されていた代理権が消滅しているにもかかわらず、無権代理行為が行われうる権利外観が存在しており、それがどのような意味で本人の帰責根拠となるかが問題である。

これにつき、佐久間教授は、一二条もまた一〇九条、一一〇条と同趣旨の規定であるが(47)、無権代理行為時には本人の表示意識がない場合を規律している点で独自性があり(48)、以前から代理人を介した取引があったことから相手方を保護する規定であるとする(49)。しかし、相手方が信頼したのは、かつて代理権を付与したことではなく、無権代理行為であるからそれに対する帰責性を問題にすべきであり、そうだとすれば、以前の代理権付与についての表示意識があるか否かではなく、直截に、無権代理行為に対する本人の関与を問題にすべきである。

本条では、過去において代理権を付与して代理人として行為することを認容するという意思があったが、無権代理行為との関係で何らかの行為を認容していたという要素はない。また、かつて代理権を与えたことが過失とはいえないことは、基本代理権ないし基本権限の付与に関する一一〇条の場合と同様である。しかし、本条の場合には、一一〇条と異なり、本人は自己が付与した代理権が消滅しているにもかかわらず、その権利外観を残置させているという事情がある。本条における本人の帰責根拠はまさにこの残置に求めざるを得ない。この権利外観の残置について、本人の意識としては、これを意識的に認容している場合から、権利外観の存在を知らながらこれを放置している場合まで幅広い場合がありうる（代理権を付与した以上、知らないという抗弁は成り立たない）。このような状況は、一〇九条のように本人に意識的な認容がある場合と、一一〇条のように越権代理行為に原因を与えたといえても明確な意識的な認容があるとまではいえない場合との中間に位置づけられるように思われる。本条の場合は、意識的な認容があるとはいえないが、権利外観

の存在を知らながら放置していたのであり、このような状態は、法的には認容があったと評価しても差し支えないであろう。このように本条における本人の帰責根拠は、無権代理行為に対する広い意味での表示責任であり、その根拠は、緩和された意味での本人の認容にあるというべきである。

1－4 表見代理における帰責根拠としての「認容」とその多様性

一 表見代理の帰責根拠の多様性

以上、ドイツにおける表見代理の議論およびわが国においてドイツでの議論を参考にわが国の表見代理を根拠づけようとする研究を参考に、わが国における表見代理の帰責根拠を検討してきた。検討によって明らかにしえたのは以下の点である。

(1) ドイツで表見代理として議論されてきた場合には、認容代理と外見代理とがある。戦前の判例は、黙示の意思表示論から認容代理を認めつつ、しだいに過失によって表示がなされたことを知らなかった場合にも外見代理を認めるようになった。しかし戦後の判例・学説では、しだいに、外見代理は本人への帰責を根拠づけられないと解されるようになり、表見代理は認容代理に一本化されるか、外見代理は例外的な場合にのみ認められるという傾向が見られる。わが国の表見代理においても、民法一〇九条は、ドイツと同様に代理権授与表示に対する本人の認容に帰責根拠を求めることができる。

(2) これに対して、民法一一〇条は、ドイツにおいて認容代理として議論されている場合だけでなく、外見代理として議論されている場合にも含まれない場合であり、一〇九条のように、代理権授与表示に対する本人の明確な認容を帰責根拠とすることは妥当でない。わが国の議論では、これらの規定もまた表示責任と構成するために、危険を惹起したことに対する本人の過失や相手方が本人の表示意識があると受け止めたことを問題にする見解が見られるが、そのような理解は、これらの場合における無権代理行為に対する本人の行為ないし認識を問題にするならば、法的構成として困難である。一一〇条における本人の帰責判断は、越権行為に対する本人の関与の程度と相手方の正当理由との相関判断によるべきであり、本条の目的は、このような判断の結果として確保される代理制度に対する信頼保護にあるといわざるを得ない。したがって、本条における本人の帰責根拠は、越権行為の原因を与えたということを基礎に、越権行為に対する本人の関与の程度と相手方の正当理由との相関判断に応じた幅広い意味での認容（事実評価としての認容）にあるというべきであろう。

(3) また、民法一一二条においては、本人の帰責根拠は、代理権消滅後も代理権が存在する権利外観を残置させた点に求められるが、これは、本人に意識的な認容がある場合から、無権代理行為の原因を知らながら放置していた場合まで幅がある。しかしこれらは、いずれも法的には認容があったと評価できる。

二 表見法理全体との関係

以上のように見てくると、わが国の表見代理における本人の帰責根拠は、表見代理の類型によってかなりの違いがあり、これをすべて包括する根拠によって一律に説明することは妥当でないといえるであろう。しかしすべての類型において、無権代理行為がなされる状況に対する本人の認容を基本としており、類型の違いは、この認容の程度が希薄となり、または明確な認容があるとは評価できない状況にあるにもかかわらず、代理制度に対する信頼を保護するためにとくに本人の責任が拡張されている（民一一〇条、一一二条）ことによって生じている。このように、表見代理における本人の帰責根拠は、無権代理行為に対する本人の認容を共通要素としつつ、表見代理の類型の違いに応じて多様性があるといえるのではなかろうか。

最後に、このような共通性と多様性は、表見法理が他人による行為が無権限で行われた場合で共通しつつ、表見法理の種類によっては、民法九四条二項のように、本人に虚偽の権利外観を積極的に利用しようとする強い意識的な認容がある場合がある一方、民法四七八条のように、無権利者の行為に対する認容がある場合だけでなく、そのような事情がない場合であっても適用される場合がある（認容がある場合は、債権について有効な処分授權があったと解すべきである）など、本人の関与に多様性があることを表見代理内部において裏づけるものである⁽⁵⁰⁾。今後は、このような共通性と多様性を有する帰責根拠をそれぞれの表見法理が適用されるための要件設定において具体化する必要がある。

- (1) 民法における表見法理全体につき、帰責性を理論的かつ制度横断的に検討した代表的な研究として、喜多了祐『外観優越の法理』（一九七六年、千倉書房）、安永正昭「民法における信頼保護の制度とその法律構成について」（一）・（二）神戸二七巻一号一頁、二八巻二号一二七頁、同「民法における信頼保護制度と帰責性」司研一〇八号一頁、多田利隆『信頼保護における帰責の理論』（一九九六年、信山社）がある。そのほか、中舎寛樹「表見法理の帰責構造と『認容』」民事研修六七一号一九頁、六七二号二頁参照。また、表見代理の帰責構造は、相手方の保護要件、とくに民法一一〇条の正当理由の内容と密接に関連しているが、ここではそれについて検討することはできない。表見代理を相手方の保護要件の観点から再編成する代表的な見解として、高森八四郎・高森哉子『表見代理理論の再構成』（一九九〇年、法律文化社）がある。
- (2) 表見代理に関する近年の総合的な研究として、佐久間毅『代理取引の保護法理』（二〇〇一年、有斐閣）、伊藤進『代理法理の探究』（二〇一一年、日本評論社）六七五頁以下がある。ここでの検討は、これらにおける表見代理に関する研究部分について多くの示唆を受けるとともに、ドイツの議論の整理に際して多くを引用、参照している。佐久間教授の見解については、わが国の表見代理の理解に関連して、後に言及するが、伊藤教授の表見代理に関する見解については、自身の代理理論との関係で表見代理全体をどのように捉えるかという観点で論じられているので、ここでふれておくことと

する。

伊藤教授は、代理に関して、本人、代理人、相手方の三者の意思作用に係る三当事者法律行為であると捉える独自の立場から、表見代理は、本人が代理許諾意思表示をしていないが、「何らかの関与」をしている場合の法理であり（七〇三頁）、「人の意思作用」とはまったく異なる規範原理に基づく「法定効果」であり（七〇三頁）、表見代理を本人の「意思」の点からのみ構成することを妥当でないとするとともに、相手方の信頼の点からのみ構成することも妥当でないとしたうえで、その何らかの関与につき、民法一〇九条は自己関与表示類型（七一三頁）、民法一一〇条は表示原因関与類型（七二五頁）、民法一一二条は当初表示関与類型（七三七頁）と位置づける（七〇四頁）。しかし、問題状況として、表見代理が問題となる場面において、本人の何らかの関与があることはそのとおりであるとしても、帰責根拠としての関与の有無を明確に判断するためには、効果意思とはいえない「何らかの関与」の法的意味が何であるのかさらに問題になるのではなかろうか。ここではその点を検討しようとするものである。

- (3) 古くは、山田晟「表見代理とドイツ民法」中川善之助・打田峻一編『現代私法の諸問題 勝本正晃先生還暦記念（上）』（一九五九年、有斐閣）一七八頁以下がある。そのほか、椿寿夫『注釈民法（4）』（一九六七年、有斐閣）一〇五頁、一三一頁、一八五頁、川村フク子「ドイツにおける表見代理論（一）・（二完）」民商五七卷六号三頁、五八卷三号二九頁、林脇トシ子「表見代理についての一考察」法研四八卷二号一頁、高橋三知雄『代理理論の研究』（一九七六年、有斐閣）、臼井豊『戦後ドイツの表見代理法理』（二〇〇三年、成文堂）（以下では、臼井『表見代理』として引用する）。同「ドイツにおける表見代理法律行為説」立命三一〇号七〇頁（以下では、臼井・立命として引用する）などがある。とくに、臼井教授の研究については、本検討では、ドイツの表見代理の整理に際して同教授の研究にそのまま依拠し借用している。また、川村教授の研究は、その都度引用しないが、戦前・戦後のドイツにおける学説動向の先駆的業績として、臼井教授の研究とともに数多くの点で参照し、また大きな示唆を得ている。

- (4) ドイツの最近の民法体系書の翻訳として、ディーター・ライボルト（円谷峻訳）『ドイツ民法総論』（二〇〇八年、成文堂）二八七頁以下があり、これについても最新の議論として多くを参照し借用している。

- (5) ドイツ法については、主として、前掲注(3)および(4)の研究の引用によるが、その他に、表見代理に関する否定説、肯定説の両説を参照する観点から、以下を参照した。

Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 4.Aufl., 1992, § 49; Schramm, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd.1, 1.Halbband, 5.Aufl., 2006, § § 167 bis 173; Medicus. Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, §57.

- (6) なお、フランスの表見委任については、西山井依子「フランス法における一般的表

見理論との関係における表見委任制度」阪経法四号三一頁、五号三七頁、イギリス法の表見代理については、高森哉子『代理法の研究』（二〇〇八年、法律文化社）、西内祐介「禁反言による代理 (Agency of Estoppel) ——日英表見代理法の比較法的考察 (序説)」九法一〇〇号二三〇頁、同「英米の表見代理理論の比較 (一)・(二完)」近法六〇巻一号五七頁、二号一頁などの研究がある。ここでの検討はこれらの研究を参照し得ていない。

- (7) 臼井・前掲注(3)『表見代理』一二頁、同・前掲注(3)立命七一頁、円谷・前掲注(4)三一五頁。
- (8) 臼井・前掲注(3)『表見代理』一三頁、同・前掲注(3)立命七二頁。
- (9) 臼井・前掲注(3)『表見代理』四八頁、円谷・前掲注(4)三一七頁。
- (10) 臼井・前掲注(3)『表見代理』五五頁以下。フルーメは一七一条、一七二条および認容代理はすべて有権代理であると解する。Flume, a.a.O., § 49, 2-3.
- (11) 臼井・前掲注(3)『表見代理』六五頁。
- (12) 同前八六頁以下。
- (13) 同前八九頁。
- (14) 川村・前掲注(3)五七巻六号二九頁。
- (15) 円谷・前掲注(4)三一七頁。
- (16) 臼井・前掲注(3)立命七二頁、円谷・前掲注(4)三一八頁。
- (17) ライボルトの見解。円谷・前掲注(4)三一八頁。
- (18) Schramm. a.a.O., § 167, Rdnr.56.
- (19) 円谷・前掲注(4)三一八頁。
- (20) 臼井・前掲注(3)『表見代理』四九頁。
- (21) 同前四七頁。
- (22) 円谷・前掲注(4)三一八頁注(332)。
- (23) Flume, a.a.O., § 49. 4; Medicus, a.a.O., Rdnr.100.
- (24) 円谷・前掲注(4)三一八頁。
- (25) 臼井・前掲注(3)『表見代理』八九頁、円谷・前掲注(4)三一八頁。
- (26) 臼井・前掲注(3)『表見代理』九二頁。
- (27) 同前一三〇頁、臼井・前掲注(3)立命一〇四頁。
- (28) 佐久間毅『民法の基礎 1 総則 [第三版]』（二〇〇八年、有斐閣）五六頁。
- (29) 佐久間・前掲注(2)九二頁参照。
- (30) 高橋・前掲注(3)二四七頁以下。
- (31) 安永正昭「越権代理と帰責性」奥田昌道編『現代私法学の課題と展望 林良平先生還暦記念論文集 (中)』（一九八二年、有斐閣）五四頁、五九頁。伊藤教授は、安永説について、必ずしも明確ではないとしつつ、「相手方が信じた代理権の表示を本人が認識し得たという意識的容態での表示関与が認められるときに履行責任を認める」とい

う構成であろうとしている。伊藤・前掲注(2)六九三頁。本研究序章第二節 1 参照。

- (32) 佐久間・前掲注(2)一〇二頁。
- (33) 同前一〇三頁。
- (34) 同前一二四頁。
- (35) 同前一二四頁、一五二頁。
- (36) 臼井・前掲注(3)立命一〇九頁以下、同「戦後ドイツの表見代理論」私法六八号一五八頁以下（以下では、臼井・私法として引用する）。
- (37) 安永・前掲注(31)六四頁。同旨、林脇・前掲注(3)二五頁。
- (38) 佐久間・前掲注(2)一九七頁、二〇〇頁。
- (39) 同前二〇二頁。
- (40) 同前二二三頁。
- (41) 同前二四八頁。
- (42) 同前二四三頁。
- (43) 臼井・前掲注(36)私法一五九頁。同・前掲注(3)立命一三五頁注一〇九参照。
- (44) 司法研修所がこのような理解のようである。山本敬三『民法講義 1 総則〔第三版〕』（二〇一一年、有斐閣）四二八頁参照。
- (45) 川村・前掲注(3)五七卷六号一一頁参照。
- (46) 我妻栄『新訂民法総則』（一九六五年、岩波書店）三六四頁、河上正二『民法総則講義』（二〇〇七年、日本評論社）四八八頁参照。
- (47) 佐久間・前掲注(2)二六四頁。
- (48) 同前二七一頁。
- (49) 同前二七一頁。
- (50) なお、詐欺・強迫による意思表示が取り消されると、本人と第三者との間では、意思表示が無効であるにもかかわらず第三者は保護されるかという問題が生じる点で民法九四条二項と類似の状況が生まれる。これにつき、民法では詐欺の場合にのみ第三者保護規定が設けられている（民九六条三項）。このような違いは、沿革的には、当初、ボアソナードが詐欺による取消しは損害賠償請求を認める趣旨の特殊な取消しであると理解していたことに由来するが（中舎寛樹「民法九六条三項の意義」南山一五卷三・四号一五頁）、これは、本人の認容という点から理解することも可能である。すなわち、強迫は、意思表示の時点で、正常な意思でないことを本人が認識しつつ意思表示をしている。これに対して詐欺は、意思表示の時点では本人にそのような認識はない。すなわち、詐欺では、正常な状態ではない意思表示に対する（消極的ではあるが）認容が存在することが第三者保護の基礎となっているといえる。

2 民法一一〇条の表見代理——本人の帰責性と要件枠組み

2—1 はじめに

民法一一〇条の表見代理は、民法典の中でも最も利用頻度の高い規定の一つであるといわれてきた。そして、我妻説によって基本代理権と正当理由の二要件が定式化され、その後、幾代・椿説によって基本代理権ではなく基本権限で足りるとされるに至って、取引安全保護に重心を置いた解釈が定着し、通説化している（以下、幾代・椿説を通説と呼んでおく）。

ところが一九七〇年代後半以降、学説上、本条の解釈の軸足を取引安全から本人の意思ないし帰責性に移動した基礎理論が提唱されるようになった。そのような傾向は現在もなお継続しており、通説を批判する大きな潮流となっている。しかし、このような主張が本条の具体的な要件・効果においてどれほどトータルな変容を迫るものであるのかは必ずしも明らかでない。

そこで以下では、通説形成以後四〇年を経過した今日、本条の意義・機能に関する軸足移動の潮流が本条の解釈ないし要件枠組みに具体的にどのような影響をもたらすのかについて検討し、今後の本条の解釈の方向を明らかにしたい(1)。

2—2 民法一一〇条と本人の意思・帰責性

一 本人意思・帰責性の取扱いの変遷

(1) 本人の与因重視の時期

起草者は、当時のフランスにおける表見責任の不法行為的構成の影響を受けて、本条を代理人選任に関する本人の過失責任であることを強調していた(2)。その後、中島博士は、表見代理の三ヶ条を代理権ありと信じさせる本人の行為という共通の基礎の下にあるとして、本条では本人の過失ではなく本人の作為・不作為を要件とすべきことを主張したが、本人の与因を重視するという点では変わりなかった(3)。

(2) 取引安全重視の時期

これに対して、鳩山博士は、取引安全を強調し、本人の過失ないし作為・不作為を要件としたのでは相手方保護が十分図られないとして、この要件を不要とするとともに、他方で、本人保護に対する配慮から基本代理権の存在を要件とすべきことを主張した(4)。これは我妻博士に受け継がれて、正当理由を中心に置きつつ、本人保護は基本代理権で配慮するという二要件が定式化された(5)。この説によれば、当該権限外行為に対する本人の意思ないし帰責性は、本条の要件上問題にならなくなる。

(3) 取引安全と帰責性との調整の時期

その後一九六〇年代後半に入ると、我妻説の要件枠組みを基本的に維持しつつ、基本代

理権という要件の硬直性を批判してそれに代わって基本権限の存在を要件とし、他方では、正当理由判断において本人の関与など権利外観の作出に関する本人側の事情も考慮するという幾代・椿説が現われた（通説）(6)。この説は、本人の帰責性を考慮するといっても、緩やかな入り口設定（基本権限）により適用範囲の拡大を図る反面、諸事情の総合判断という出口設定（正当理由）により本人・相手方間の利害調整を図ろうとするものであり、帰責性の視点から本条の適用範囲を制限しようとするものではない。

（４） 帰責性強調の時期

ところが一九七〇年代後半以降、以上のような取引安全の重視の方向性を批判し、本人の意思・帰責性をより重視すべきとの見解が現われるようになった。各見解の登場した時期の順ではなく、本人の意思・帰責性重視の程度の点からみると、①正当理由判断における本人側の事情を重視すべきとする見解（高森）(7)、②基本代理権、正当理由判断において帰責性の存在を必要不可欠とする見解（安永）(8)、③本条の責任を本人の代理意識に基づく表示責任ととらえ、この観点から我妻説の二要件を厳格に要求する見解（佐久間）(9)、④本人の意思を最大限重視し、本条を代理効果引受意思が表示された有権代理の規定であると解する見解（高橋）(10)などがある（以下数字で引用する）。以上の各説は、基本的な考え方において、通説の取引安全重視の考え方を批判する点で共通している。

二 帰責性に対する基本的立場

（１） 帰責性と要件の関係

鳩山・我妻説が本条を権利外観に基づく取引安全規定であると解していることは疑いなく、本人の帰責性は基本代理権の要件として考慮されるにとどまる。また、通説は、本条を有権代理から無権代理へ至る連続的な流れの中に位置づけ、当事者間の利害調整のための諸事情の一つとして本人側の事情を考慮するが、正当理由以外に独立の要件を設定するわけではない。さらに、新たな学説の中でも基本代理権や正当理由を厳格に判断すべきとする説（①③）も同様に独立要件を設けるわけではない。

これに対して、基本代理権（基本権限）と正当理由という判断枠組みは維持しながら本人に帰責性があることを各要件の不可欠の要素とする見解（②）や、本条を有権代理とみることから本人に代理効果引受意思が必要とする見解（④）では、本人の意思ないし帰責性の存在が不可欠という意味において実質上独立要件化している。本人の意思・帰責性に対する十分な考慮をすることと、それを不可欠の要件とすることは決定的に異なるので、この点でいずれによるべきかが帰責性を考慮するための枠組みの選択上の分かれ目である。

（２） 帰責性の三つのレベル

しかし、本人の帰責性といってもそれには場合によって種々のレベルがある。本条を必ず意思理論から説明しなければならないという立場に立つのであれば格別、そうでなければ、問題は本人の帰責性を独立要件化することの実際上の妥当性にかかっている。

思うに、本条において本人の帰責性をどのように考えるかにあたっては、以下の三つの

レベルにおいて帰責性を位置づけることが必要である。第一は、民法における権利外観保護規定の中での本条の位置づけである。本条は、一方では虚偽表示に関する九四条のように本人の直接的な意思ないし帰責性に基づいて本人に責任を課す場合ではなく、他方では即時取得の一九二条や債権準占有者に対する弁済に関する四七八条のように（通説によれば）本人の帰責性にかかわりなく相手方を保護する場合でもない。本条はこれらの中間にあって、直接の帰責性は代理人にあるが本人もまた代理人選任という行為を通じて間接的な帰責性を問われるという場合である。当該代理行為に対して直接的な帰責性がある場合は、もはや有権代理そのもの、ないし認定によって有権代理へ繰り込まれるというべきである。このような本条における中間的な帰責性の理解を前提にすれば、一方では権限外の行為につき本人に帰責性がない場合に一律に適用を否定するのは妥当ではなく、他方では、本人に帰責性がある場合にこれを考慮しないことも妥当とはいえない。

第二は、表見代理の三類型の中での本条の位置づけである。代理権授与の表示による表見代理（一〇九条）は、代理人でない者に代理権を授与したかのような表示をした本人自身の表示責任を定めたものである。また、代理権消滅後の表見代理（一一二条）は、本人がかつて代理権を授与していたことが要件であるが、その背景には、元代理人の無権代理行為を可能とする状況を本人が放置していたという事情がある。これに対して本条の場合には、本人は他人に何らかの権限（基本代理権または基本権限）を真実授与したにすぎず、そのこと自体に何ら責任を負わせられるべき直接的な要素はない。それにもかかわらず、本人に責任があるとされるのは、他の二種類以上に相手方の保護を重視しているからにほかならない。このような表見代理規定中の本条の位置づけからすれば、本条においては、本人の帰責性にのみ依存した要件を設定すべきではないと同時に、他の二種類以上に相手方が保護されるべき事情の存否を厳密に検討しなければならない。このような位置づけは、本条における相手方保護要件について、一〇九条や一一二条における善意無過失と異なり、正当理由という包括的な文言が用いられていることによっても支えられるであろう。

第三は、本条の適用における本人の帰責性の多様性である。一言で本人の帰責性といっても、実際には、代理人による権限外の代理行為を可能にするに至る事情には、本人が無権代理行為を誘発する行動を取っていたような場合、無権代理行為が行われうる状況を承認ないし放置していたような場合、代理権を授与したこと以外に本人の関与がみられない場合など、様々な態様、レベルがありうる（なお、前述のように、当該代理行為に対する直接的な帰責性がある場合は、もはや有権代理であると解すべきである）。このような多様性を要件に反映するためには、本人の帰責性と相手方の事情をそれぞれ独立要件とするよりも、一つの要件の中でこれらの事情を総合的に考慮できる方がより妥当である。

以上のような本条における帰責性の位置づけからすれば、本条における本人の責任は、第一次責任者である代理人の権限外代理行為を挟んで、本人の帰責性と相手方の信頼との相関において判断されることが妥当である。法律構成上そのような相関的判断を可能にするためには、帰責性は正当理由の判断において考慮されるべき一要素であると解すべきで

ある。現在の通説の判断枠組みは、このような帰責性を考慮した解釈を受け入れることが可能であるが、新たな学説のうち帰責性を独立の要件とする見解では、本人と相手方との利害調整に入る前に、本人の意思・帰責性の観点からのみ適用が排除されることになり、むしろ妥当ではない。

2―3 基本代理権・基本権限と帰責性

一 基本代理権・基本権限の要否

(1) 従来の学説

鳩山・我妻説では、基本代理権は本人保護のための最小限度の要件と位置づけられる。しかし通説では、その硬直性に対する批判から、何らかの基本権限があれば十分であり本人保護は正当理由の判断でカバーできるとされる。判例は基本代理権を要件としているといわれているが、実際にはかなり緩やかな運用をしており(11)、実質的には基本権限説とほとんど異ならないところに至っている。

これに対して、新たな学説で本人の意思ないし帰責性を強調する立場からは、基本代理権の存在が本人の表示意識の表れであるとして再評価しこれを厳格に要求する見解(③)、逆に外部に対して代理権授与を表示してさえいればよく不要であるとする見解(④)、帰責性重視の観点から厳格判断はするが要件としては基本代理権を維持する見解(②)が主張されており、新たな学説の中でも基本代理権・基本権限の位置づけは一定していない。

(2) 帰責性との関係

しかし、まず基本代理権・基本権限を不要とする見解には、實際上本条の適用が正当理由の存否にだけ依拠することになり、論者の本人意思尊重というねらいと逆の結果を招くという問題がある。この問題に否定的な解答をする限り、他の見解は基本代理権ないし基本権限を要求する点では変わりがなく、ただ厳格な判断をすべきか否かという程度問題が残るにすぎない。基本代理権と基本権限では表示意識の観点から質的違いがあり、基本代理権でなければならないとする見解もあるが(③)、帰責性の問題をこの要件に吸収する点では変わらない。そうすると、本人の意思・帰責性の観点からみても、基本代理権ないし基本権限という要件枠組みはなお維持できるものであるように思われる。基本代理権か基本権限かという点については、鳩山・我妻説は帰責性を客観化したともいえる巧みな構成ではあるが、代理人による権限外行為が本人の意思に直結するものではないと解する限り、本人の与因行為を代理権授与に限定する必要性はなく、要件としては硬直的である。要件を基本権限として緩和しても、正当理由との相関的判断をするならば帰責性の要素は十分に吸収可能であるように思われる。

二 法定代理への適用可能性

(1) 従来の学説

基本代理権・基本権限に関連して具体的に最大の論点になっているのは、法定代理への本条の適用の是非という問題である。これにつき鳩山・我妻説は、取引安全を重視する観点に立ち、本条の要件から本人の過失を排除したので、法定代理にも本条が適用されるという解釈を採る。通説は、法定代理権という基本代理権があるのでそれでよいとの立場ではないが、実際の観点から、法定代理でも代理権の範囲が不明確な場合が稀ではなく、任意代理の場合よりも正当理由判断を厳格にすればよいとして適用を肯定する。

これに対して新たな学説では、帰責性重視の観点から、それがない法定代理の場合には本条は適用されないとするものが多い（とくに②。③説は八六五条により制限行為能力者保護が取引安全に優先し、取り消しうる有権代理になるとし、④説は代理権授与行為がないとする）。

（２） 帰責性との関係

確かに、理論上は、法定代理においては本人の代理権授与についての意思や帰責性を観念し得ないので、法定代理への適用の是非が通説を維持すべきか否かの大きな試金石になる。しかし、法定代理では任意代理の場合よりも代理権の範囲が不明確ことは少なく、また代理権限外の行為がなされる場合も少ないとはいっても、権限外の代理行為がまったく発生しないとはいえない（とくに成年後見制度創設後の保佐人、補助人）。また新たな学説も、公法人の代表者については、法定代理ではあるが本条の類推適用を肯定する。そうすると、法定代理に本条の適用を否定する理由は、結局のところ制限行為能力者保護という命題を絶対視するという点に尽きるように思われる。しかし、民法上、制限行為能力者保護はかなり重要度の高い基本理念であることに疑いはないが、必ずしも絶対的なものではなく（二〇条・二一条）、本条においてのみこれを絶対視しても全体的な整合性が図られるわけではない。また、代理権授与に本人が関与しなくとも、当該権限外の行為に対する帰責性が観念し得ないわけではない。さらに、もし本条の適用可能性を否定しても、具体的な事情に応じて代理権の範囲の広狭を解釈するとすれば（七六一条と本条の関係に関する議論において、本条適用否定説にはそのような傾向が見られる）、実質的には適用を肯定するのとは異なる。したがって、法定代理にも本条の適用可能性を肯定しておいて、正当理由について法定代理であることに十分配慮した厳格な判断をするのが最も妥当ではないかと思われる。法定代理への本条の適用可能性を否定する新しい学説は、本人の帰責性を強調するあまり硬直的にすぎるように思われる。

2—4 正当理由と帰責性

一 正当理由の意義

（１） 従来の学説

正当理由という要件は、民法の現代語化以降も本条の文言上そのまま残っており、本人の意思ないし帰責性についてどのような立場に立とうとも本条適用の要件であることは否

定できない。しかし、その意義の理解および具体的内容については、帰責性を重視する新たな学説から、通説とはかなり異なる主張がなされている。

鳩山・我妻説では、正当理由は基本代理権との相関において相手方に要求される要件であり、善意無過失に置き換えられ相手方の事情を基礎にして判断される。したがって本人側の事情は考慮すべきでないというに等しい。通説は、正当理由の基本的な位置づけとしてはこれを踏襲しつつ、基本権限との相関的な判断を行うために諸事情を総合考慮してより柔軟な判断をしようとする。これは、本人側の事情については鳩山・我妻説とは逆に、考慮すべきであるという立場であろう。

これに対して、新たな学説の中でも本人の意思・意識を強調する見解からは、このような相関的な判断をすること自体が批判されており、この要件を本人側で本人の意思と代理行為とを結び付ける絶対的な要件であるとして、本人の事情からのみ判断すべきとする見解(④)がある反面、逆に、代理意識の表明が相手方にどう受け止められるかという要件であるとして、鳩山・我妻説のように相手方の事情のみに基づいて判断すべきとする見解(③)が主張されている。他方、帰責性を強調するその他の見解には、正当理由の意義を本人に問い合わせること(調査確認)が不要と感じさせるほどの事情と解することによって本人の言動を取り込もうとする見解(①)、正当理由判断に際しては本人の帰責性が不可欠の考慮要素であるとする見解(②)がある。

(2) 帰責性との関係

正当理由をもつば本人の意思の点から判断したり(④)、本人の意識の表示を相手方がどう受け止めたかという問題であると捉えたり(③)するのは、本条の基本的理解にかかわる独自の立場からの理論的帰結にはかならない。具体的な妥当性の観点から考えるときは、本条が問題となるのは、有権代理と無権代理との狭間で本人側の利益と相手方の利益とが衝突しその調整を要する場面である以上、正当理由を本人の帰責性の観点からだけで判断して相手方の事情を考慮しないことや(④)、帰責性を不可欠の要素として実質的に要件化すること(②)は妥当でないだけでなく、その逆に、相手方の善意無過失のみで判断して本人の事情を考慮しないこと(③)も妥当ではなく、本条の適用の有無を判断するプロセスのどこかでは双方の事情が考慮される仕組みが望ましい。そうすると本人側の事情は、通説の枠組みを維持して正当理由の判断における要素としつつ、より積極的に、正当理由判断において本人と相手方との利益を衡量するための重要な要素であると位置づけることが最も妥当ではなかろうか。このようにいうのでは、實際上判断基準がないに等しいとの批判があり得よう。しかし本条では、正当理由をどのように解そうとも、それがいわゆる規範的要件である以上、そこでは評価根拠事実と評価障害事実とのぶつけ合いがなされるのであり、裁判官はそれを基に総合判断をせざるを得ないように思われる。

二 調査確認義務の存否

(1) 従来の学説

正当理由の判断枠組みの具体的応用場面で争いがあるのは、相手方に調査確認義務を課すべきか否かという点である。これを帰責性に対する考慮という点からみるとどうなるか。鳩山・我妻説はとくにこの問題につき明言していない。しかし判例は、本人の帰責性を独立の要件とはせず、また正当理由の判断において本人側の事情を考慮しないが、事案によっては、代理権の存在を疑わせる特別の事情があるときに相手方に本人への調査確認義務を課するというかたちで本人側の事情を正当理由判断に取り込み、これが果たされていないとして正当理由を否定することに結び付けているといわれている(12)。新しい学説でも、正当理由を本人に調査確認するのが不要といえるほどの事由と解する見解(①)によれば、相手方に調査確認義務を課すに近い。他方、通説は、諸事情を考慮して正当理由を判断するので、調査確認の有無もまた正当理由の判断において考慮されるという立場であろう。

しかしこれに対して、新しい学説の中には、むしろ直截に帰責性を考慮すべきとの立場から、このような義務を課すことで本人の帰責性を考慮する構成は妥当ではないと批判する見解や(②)、逆に、正当理由は相手方の事情のみで判断すべきとの立場から、調査確認義務はこれと相容れないとする見解(③)がある。

(2) 帰責性との関係

判例のように特別の事情があるときに正当理由を否定するために義務を課すというのは、特別事情の認定次第でこの義務が独立要件化してしまい、正当理由判断で考慮すべき他の要素が意味を持たなくなるので、このような構成は妥当とはいえない。しかし他方では、相手方が権限外の代理行為にどう対応したかという意味において、本人への調査確認の有無は本条の適用を肯定すべきか否かを判断する際の重要な事実となりうるものであり、これに対する考慮を法律構成上排除すべきであるとする理由はまったく見い出せない。そうすると、調査確認を義務とは構成しないが正当理由判断の考慮要素のひとつとすることが妥当であり、調査確認を怠ったことは、相手方の態様や取引形態によってウエイトが異なるものの、正当理由判断の構造中に占める位置としては、他の事情と並列的な一要素であると捉えるべきであろう。

2-5 重畳適用と帰責性

一 従来の判例

判例上、①本人が相手方に表示した代理権の範囲を越えた代理行為が行われた場合には一〇九条と本条との重畳適用が(13)、また、②代理権が消滅した後、その代理権の範囲を越えた代理行為が行われた場合には一一二条と本条の重畳適用が(14)認められており、これには学説上もほぼ異論がない。また、このような重畳適用と帰責性を関連づけた議論も見られない。

しかし、このような一〇九条または一一二条と本条との重畳適用は、複数の条文の適用範囲が重なる、文字どおりの重畳ではなく、厳密にはいずれの条文にも該当しないにもか

かわらず、表見代理の趣旨から法の欠缺を補充しようとするものであって、その実体は類推適用である。そのような運用を正当化するとともに、その限界を画するためには、帰責性の観点から見て、その「重畳」のプロセスがいかなるものであるか明らかにしなければならない。

二 帰責性との関係

このような観点からすると、判例による重畳適用は、第一段階として一〇九条または一二条によって、表示または消滅した代理権の範囲内の代理行為についての本人の責任を肯定し、第二段階としてそれを基礎にして、本条によって代理権の範囲外の代理行為についての本人の責任を肯定するというものであり、類推適用が段階的に行われているという構造になっている。言い換えれば、この場合には、本条適用の要件である代理権授与が一〇九条または一二条の適用に置き換えられており、本人が責任を負う最終的な根拠は、①の場合においては代理権授与表示をしたことであり、②の場合においてはかつて代理権を与えていたことである。したがって、①の場合を端的に一〇九条の問題とすべきだと主張には理由があり、法律構成上も簡潔である(15)。また、②の場合についても同じように一二条のみを適用すると解釈できる可能性がある。

しかし、そのように解したのでは、本人が表示したことまたは代理権を授与したことと、相手方の善意無過失だけが問題とされることになり、なぜ権限外の行為が行われるに至ったのかという点に対する本人の帰責性およびそれとの相関での無権代理人の事情に対する考慮が抜け落ちることになる。したがって、このような場合にも本人の責任を肯定するためには、一〇九条または一二条以上に、かつ、本条の本来的な適用場面以上に、本人が責任を負わせられてもやむを得ない事情を必要とすべきである。すなわち、相手方保護の要件として、一〇九条や一二条における善意無過失要件によるのは妥当でなく、正当理由を要件とし、その判断は本条適用の場合以上に総合的かつ厳格に行われるべきである。

2-6 おわりに

一 従来の議論の評価

以上、一一〇条において本人の意思ないし帰責性を強調する最近の潮流と要件枠組みとの関係を主要な論点のみに絞って取り上げ検討してきた。結論的にいえるのは、取引安全から本人の意思責任・帰責性の強調へという流れはスローガンの側面があり、実際には、本条の理解に関する基本的立場の違いは、(極端な見解を除けば)法定代理への適用の有無で明確に表面化するものの、その他の点では具体的にさほどの差異をもたらさないのではないかということである。通説が掲げてきた要件枠組みは、確かに取引安全に重心を置いて主張されたものではあったが、今日たとえ本条における軸足を本人の帰責性の方向へ移

動したとしても、その柔軟性のゆえに枠組みとしてなお十分な有用性がある。むしろ新しい学説の主張の方が硬直的な側面があり、そのために本人と相手方との利害調整ができず一方的な判断を招来する場合すらあるように思われる。

二 帰責性と本条の関係

前述のように、本人の帰責性といってもそれにはいくつかのレベルがある。これを法律構成に取り込むにあたっては、レベルの違いを無視して一律に取り扱うのではなく、当該条文の趣旨・機能との関係でどのような要件を定立するかを考えなければならない。こうした観点に立つ場合、本条は民法典中の権利外觀保護規定の中でも、とくに権限外行為に対する代理人の直接的・一次的な責任を前提に、本人に中間的・二次的な責任を課す規定であり、適用の是非を判断するにあたっては、本人保護と相手方保護との利害調整を欠かすことができない。それはまた、有権代理と狭義の無権代理との間にあって、権限外の代理行為に対する本人の責任の有無という問題として、無権代理行為から生じるリスク負担を本人と相手方とに振り分ける機能を持った規定であることからする本条の宿命でもある。このような本人の意思・帰責性に関するいわば縦・横二重の中間性からすれば、本条には「本人の帰責性と相手方保護の総合的利害調整」という理念を改めて付与し、基本権限と正当理由という要件枠組みは維持しつつ、正当理由の判断に本人の意思ないし帰責性に対する考慮を取り込むことが今後の本条解釈の方向として实际的であるといえるのではなかろうか。

- (1) 本条の表見代理については多数の研究があるが、ここで取り上げる学説およびその引用は必要最低限の代表的なものにとどめざるを得ず、また、引用する各文献についても、該当頁をそのつど引用することができないことをお断りしておく。裁判例の整理を含めて、詳しくは、中舎寛樹『新版注釈民法（4）』（二〇一五年、有斐閣）二〇一頁以下の一一〇条注釈を参照いただきたい。
- (2) 安永正昭「越権代理と帰責性」林良平先生還暦記念『現代私法学の課題と展望（中）』（一九八二年、有斐閣）五頁以下、同「越権代理」星野英一編集代表『民法講座1 民法総則』（一九八四年、有斐閣）四九一頁以下参照。今日でも不法行為構成を採る見解として、浜上則雄「表見代理不法行為説」阪法五九＝六〇号六六頁がある。
- (3) 中島玉吉「表見代理論」京都法学会雑誌五卷二号一頁。
- (4) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（一九一一年、巖松堂）三二一頁以下。
- (5) 我妻栄『新訂民法総則』（一九六五年、岩波書店）三六四頁。
- (6) 幾代通『民法総則〔第二版〕』（一九八四年、青林書院新社）三八一頁、椿寿夫『注釈民法（4）』（一九六九年、有斐閣）一四六頁以下。今日の裁判実務もまた、我妻説ないし通説によっているといってよいであろう。実務における取扱いについて、横浜弁護士会編『表見代理の判例と実務』（一九八四年、金融財政事情研究会）三八頁以下

参照。

- (7) 高森八四郎＝高森哉子『表見代理理論の再構成』（一九九〇年、法律文化社）八九頁以下。
- (8) 安永・前掲注(2)参照。
- (9) 佐久間毅『代理取引の保護法理』（二〇〇一年、有斐閣）二二二頁以下。
- (10) 高橋三知雄『代理理論の研究』（一九七六年、有斐閣）二四七頁以下。
- (11) 最判昭和四十六年三月一六日判時六二六号四八頁（印鑑詐取の事例）、最判昭和四十九年一〇月二四日民集二八卷七号一五一二頁（支店長代理の事例）。
- (12) 安永・前掲注(2)『講座』五三五頁・五三九頁、『林還暦』四七頁参照。
- (13) 最判昭和四十五年七月二八日民集二四卷七号一二〇三頁。
- (14) 大判昭和一九年一二月二二日民集二三卷六二六頁、最判昭和三十二年十一月二九日民集一一卷一十二号一九九四頁。
- (15) 佐久間毅『民法の基礎 1 総則〔第三版補訂〕』（二〇〇九年、有斐閣）二八七頁は、①の場合は端的にそこまでの表示がなされていたといえるか否かという一〇九条の問題であるとする。

第二節 表見代理規定の類推適用

1 いわゆる「名義貸し」の法律関係

1-1 問題の所在

わが国では、他人の信用や名声を利用しようとして、契約を自己の名ではなく、他人の名で締結するといった、いわゆる「名義貸し」がしばしば存在する。これは、法律上いかなるものとして理解されるべきなのであろうか。商法には名板貸の規定がある（二三条。**注記** 現商法一四条、会社法九条）。しかし、これは、「営業主体の誤認」に関する規定であるから、「営業」にあたらない一回または数回の取引や非取引的行為に関する名義貸しの場合には、民法上の処理が必要となる。以下では、この問題の実際的な処理とともに、名板貸の民法における基礎をあわせ検討する(1)。

契約は、申込みと承諾とによって成立する。その際前提とされているのは、一対一、すなわち二当事者による契約関係である。これは、基本的には今日の法律行為論が、意思表示の主体と法律効果の帰属主体とが同一人でなければならないということを原則としているからである。しかし、実際には、一つの契約の成立について二人以上の者が関与する場合があり、民法においても例外的にそういった方法による契約の成立が認められている。使者、代理、事務管理がそれである。しかし、三人の者が関与して一つの契約が締結される場合は、これらに尽きるものではない。たとえば、A、Bが一定の関係を有し、BとC

との間で契約が締結される場合を、①どのような名が表示されたか、②誰のためになされたか（ここでは、法律効果の帰属主体という意味ではなく、経済的な利益の帰属主体は誰かという意味で整理する）、という点によって整理してみるならば、次の表のようになる。

Bのなした表示 誰のため		A代理人B	A	B
A	A了解	代理	使者または本人の名のみを示してなす代理	非顕名代理 または 間接代理
	A不知	無権代理 または 表見代理	事務管理者が本人の名で行った行為	事務管理
B	A了解	× (実際上は生じない)	?	×
	A不知		氏名冒用 または 単なる符牒	×

（表の記述は、実は固定的なものではない。たとえば、A代理人Bの名でBがCと締結した契約について争いが生じた場合、Cは、まず「代理である」との主張をし、それが容れられないときには次に「表見代理である」との主張をし、それも容れられないときに「無権代理人の責任」を求めていく。また、代理の主張が認められたときには、逆にAが「代理権の濫用である」との主張をする場合がある。表の上の欄ではAが単独で責任を負い、下の欄ではBが責任を負う。その間ではAまたはBがCに対して直接の責任を負い、BまたはAがそれに連座することが考えられる。この意味では、非顕名代理（民一〇〇条）は、それが認められた場合にはBが責任を負うものとして下の欄へと移行する。また事務管理では、直接本人と相手方との関係は生じないと解されているが、実質においては本人の計算でなされるのであるからここに入れた。）

これらのうち、いわゆる「名義貸し」にあたるのは、Aの名でBがCと契約した場合のひとつである。Aの名でBがCと契約する場合には、四つの場合がある。

（１） Aのためにする場合 ①このような方法によって契約を締結することをAがBに依頼している場合とは、BがAの使者である場合、またはBがAの代理人であるにもかかわらずAの名のみを示して契約を締結した場合である。使者の場合、これに適切な規定はないが、判例・通説は、行為をめぐる周囲の事情から代理意思のあるものと認められるかぎり代理行為が成立すると解している(2)。したがってこれらの場合には、契約はA・C間で成立する。

②このような方法によることをAが知らず、Bが勝手にした場合とは、Bが事務管理にあたる行為を自己の名ではなく、直接Aの名で行った場合である。これにつき適切な規定はないので、どのように法律構成するかで判例・学説上争いがある。多数説は、無権代理と解し、本人の追認によって有効な代理行為になるとしている(3)。これに対して、事務管理として有効ならば当然に代理権が生ずるとする説(4)や、具体的公平のため本人の黙示的追認を認定したり追認義務を負わせる場合があるとする説(5)がある。しかし、いずれにせよ代理の問題として処理されることでは争いがない。したがって契約が有効に成立する場合には、それはA C間で成立する。

(2) Bのためにする場合 ①Aの知らない間にBが勝手にAの名で行為した場合とは、他人の名を自己の名であると表示した場合であり、他人の名を冒用した場合かまたは他人の名を単なる符牒として用いた場合のいずれかである。これに適切な規定はないが、いずれの場合も行為者自身を当事者とする行為があったとみるべきことで異論がない(6)。したがってこの場合、契約はB C間で成立する。

②このような方法によることをAが了解している場合が、いわゆる「名義貸し」にあたる場合である。商法には名板貸の規定があるが、前述のように「営業」にあたらない一回または数回の取引には適用がない(7)。また、民法上は適切な規定がない。名板貸の規定が設けられる以前には、民法学者の間でも議論があったが(8)、現在ではほとんど議論がなされていない。それでは、このような場合につきもはや議論の余地はないのであろうか。

(1) 「名義貸し」を広くとらえるならば、フランチャイズ契約や委託販売契約などの現代的な契約についても、これに含まれる場合がありうる。しかし、これらの契約については、業者間での業務提携の内容およびその法的効力についての分析が最近なされつつある状況にあり、また、実際の問題も現段階では業者間での紛争が多く、消費者の側から生ずるものとしては、両方の業者に対して製品被害の賠償を不法行為で請求するといった場合であり、取引上の債務の履行を求めるといった場合は少ないと思われるので、以下ではとくにこれらの問題を取り上げることはしない。

(2) 我妻栄『新訂民法総則』(一九六五年、岩波書店) 三四六頁、浜上則雄『注釈民法(4)』(一九六七年、有斐閣) 二一頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』(一九八四年、青林書院新社) 三〇八頁、大判大正九年四月二七日民録二六輯六〇六頁、大判昭和五年八月四日新聞三一六九号一六頁。

(3) 我妻栄『債権各論下巻(一)』(一九七二年、岩波書店) 九二四頁以下、松坂佐一『事務管理・不当利得〔新版〕』(一九七三年、有斐閣) 三九頁、同『民法提要債権各論〔第四版〕』(一九八一年、有斐閣) 二三六頁、大判大正七年七月一〇日民録二四輯一四三二頁。

(4) 於保不二雄『財産管理権論序説』(一九五四年、有信堂) 二三六頁、二四一頁、平田春二「事務管理」『判例演習〔債権法2〕』(一九六四年、有斐閣) 一二四頁以下、三宅

正男「事務管理者の行為の本人に対する効力」『不当利得・事務管理の研究（谷口還暦記念）一卷』（一九七〇年、有斐閣）三六四頁以下、大判大正六年三月三十一日民録二三輯六一九頁。

(5) 谷口知平「無効と不成立」『新民法演習Ⅰ』（一九六七年、有斐閣）二二〇頁。

(6) 我妻・前掲注(2)三四六頁、幾代・前掲注(2)三〇九頁。

(7) 田中誠二＝喜多了祐『全訂コンメンタール商法総則』（一九七五年、勁草書房）二六八頁、浦和地判昭和三十一年一月二八日下民集七卷一号一三〇頁など。服部栄三『商法総則〔第三版〕』（一九八三年、青林書院新社）二一八頁は商法二三条を類推適用すべきであるとされる。これによれば、問題は解釈論的には解決されることになるが、ここでの検討の趣旨は、名板貸の基礎にある考え方を民法上探ろうとするものである。なお、この他商法二三条（**注記** 現商法一四条、会社法九条）については、商人性を要求するか、手形行為につき適用があるかといった点で議論のあることは周知の事柄であろう。

(8) 後掲注(13)～(15)参照。

1－2 「名義貸し」に関する裁判例

「名義貸し」に関して、次の二つの裁判例がある(9)。

(1) 東京高判昭和二十七年五月二四日判タ二七号五七頁（前渡金返還請求事件）

（事実）BはDに木材を売ろうとしたが、Dはその数量が自己の手に余るところからこの話をC（原告）に取り次いだところ、Cは従来Bを知らず信用しかねてこれに応じなかった。そこでBは友人を通じてA会社（被告）の代表取締役に対し、Aには迷惑をかけないからAの信用によって売買を成立させるためにAの名義を貸して貰いたいと頼み、代表取締役は売主の地位に立つことを承諾した。CにおいてもAが売主になるならば安心して取引ができるとしたので本件売買契約が成立し、Cは即日前渡金を支払った。しかし、その後木材の履行がないので、Cは売買契約を解除し、Aに対し前渡金の返還を求めた。Aは、売買契約は形式上CとAとの契約となっているが、真実はDまたはDおよびCとBとの売買契約である、C A間の契約としては、Aは契約に際し売主としての法律的責任を負担する意思がなく、その真意はCも知りまたは知り得べかりしものであったから、通謀虚偽表示または心裡留保として無効であると主張した。原審ではAが敗訴したので、Aが控訴した。

（判旨）控訴棄却。「およそ取引社会で、一定の資格のある者でないため取引ができず、又は或る者に信用がないため、その名においては取引ができないというような場合に、法律上特段の定めのある場合は別として、一定の資格又は信用ある者がその者に代わって当該取引の当事者たる地位に立ち、所期の取引を成立させる事柄は極めて多く見るところであって、このような関係で自己の名において当事者となることを承諾する者は、自ら相手方その他第三者に対する関係においては、あくまで自己がその取引の主体として法律上の権利義務を取得する地位につくことを承認するものであって、ただ、その取引の結果の経済上の利害を自己が代わってやったその者に帰属させるに過ぎず、この相手方においても、他に経済上の利害

の主体の存することを知っているか否とにかかわらず、いやしくも自己の名において取引の主体となる者は右のような法律上の地位に立つものであることを承認してその取引を成立せしめるものであるから、契約は常にその名において当事者となった者と相手方との間に有効に成立するのである。もしこのような場合、名義人の外に経済上の主体があつて、名義人は契約上の責任を負わないとするならば、相手方は常にその関係を調査しなければならず、善意の場合はともかく、いやしくもその関係を知るにおいては取引に応ずる筈がなく、そもそもこのような名義人となること自体が無く無意義とならなければならない。」

（２） 東京地判昭和五七年三月一六日判時一〇六一号五三頁（立替金請求事件）

（事実）A（被告）はBから、Bの知人がデパートに自作の陶芸品を出品しているが、売れ残ると次期の出品に支障を来すので名目だけでいいから買ったことにしてほしい、代金は出品者が支払うから絶対に迷惑をかけない旨依頼され、この陶芸品の買主としての名義を貸すことを承諾した。BはAの名義を使用し、デパートとの間でこの陶芸品の売買契約を、またその代金支払方法としてC信販会社（原告）との間で立替払契約を締結した。Cが立替払を実行し、Aに月賦金の支払いを求めたところ、Aは支払いを拒否した。そこでCはAに対し立替金の支払いを請求した。Aは名義を貸すことについて承諾したことは認めたが、自分自身が買い受ける意思はなかったと主張した。

（判旨）請求認容。「一般に、契約の当事者としての名義を第三者に貸すことを承諾した者は、当該契約の相手方との関係では自己が当事者としてその法律効果の帰属主体になるが、その実質上の経済的效果は名義を借り受けた者に帰属させるとの意思を有するものと推認すべきである。そして、この場合、名義を貸した者が当事者としてする意思表示は虚偽のものではないから、相手方との間においては所期の契約が何らの障害なく成立するものと解すべきである。更に、……Aは、本件承諾をするに際し、Bに対して代金額その他の契約内容及び代金の支払方法等の決定について何ら限定をしていない。このような場合、Aは右承諾と同時に、包括的に売買契約締結の代理権及び代金の支払方法を選択し決定する代理権をBに授与したものとみとめるのが相当である。」（控訴後和解）

これらにおいては、BのためにAの名でBがCと締結した契約は、A C間で有効に成立するとされている。その理由は、①Aが法律効果の帰属主体となる意思を有している、ということである（（１）、（２）とも同じとみてよいであろう）。さらに、行為者がBであるという点については、②Bには代理権が授与されている、と説明されている（（２））。これは、結局のところ、この場合を前述したAのためにAの名でBが行為し、これをAが了解している場合、つまり、代理人が本人の名のみを示してなした代理行為の場合と同視していることにほかならない。すなわち、Aには法律効果の帰属主体となる意思があり、BにもAに法律効果を帰属させるという代理意思がある以上、当該行為が実質的にはAのためのものであるのか、Bのためのものであるのかという「実質上の経済的效果」は考慮しないというのである。しかし、このような内心の意図にすぎないようなものであっても、代理権の濫用の場合には、その法律構成には種々のものがあるとしても、判例・学説上一定の考慮がなされている(10)。さらに、ここで問題にしている場合は、このような意図がBのみの内心にとどまる場合ではなく、A B共通の了解となってさえいる場合である。そうだとするならば、この場合には何故A B間の関係をCに主張することできないのかにつ

いては、一定の根拠を示す必要があるのではなからうか。

また、厳密に言えば、裁判で問題となった事例においても、自己の名義を貸すことで「契約の法律効果の帰属主体」となる意思があったといえるかは疑問であり、「契約当事者」となる意思があったにすぎないのではないと思われる。つまり、契約から生ずる効果については一切あずかり知らないという了解で名義を貸すのが実体ではないと思われるからである。少なくとも、前述の裁判例の事案の解決のためには、相手方CからAへの請求に対するAの抗弁を封ずれば足りると思われる。そうだとするならば、この場合には何故法律効果の帰属主体となる意思があると「推認」できるのか、その根拠を示す必要があるのではなからうか(11)。

以上のような疑問を解決するためには、商法上の名板貸をめぐる議論が参考になると思われる。というのは、名板貸は「営業」に関する規定ではあっても、Aの名でBのためにBが行為する場合であり、そこで展開されている考え方は、基本的には民法においても共通するのではないと思われるからである。

(9) 割賦販売法上の割賦購入あっせんにおける立替払契約に関しては、本文で掲げた以外にも、名義貸しに関する判決がいくつかある。たとえば、東京高判昭和五七年六月二九日下民集三三卷五～八号九一七頁、水戸地龍ヶ崎支判昭和五八年一〇月一四日判タ五三〇号一九三頁、名古屋高判昭和五八年十一月二八日判タ五一七号一九九頁。文献として、清水誠「クレジット契約と消費者の抗弁権」『現代契約法大系四巻』（一九八五年、有斐閣）二六〇頁、長尾治助「個別割賦購入あっせんの名義貸判例の検討」判例評論三一九号一八〇頁など。しかし、これらは、販売業者が、商品を販売せずに信販会社から立替払金を受け取ろうとした虚偽仮装のものであり、販売業者が実質的な購入者ではないので、ここでの検討からは一応除外した。清水・前掲二八八頁でも別に取り扱うべきとされている。

(10) 判例は、代理人が代理権を濫用して自己や第三者の利益を図る意図を持ってなした代理行為の効力について、民法九三条但書を類推適用し、相手方が悪意または過失あるときには無効となると解している（最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁、最判昭和四二年四月二〇日民集二一卷三号六九七頁など）。これに対しては、学説上、表見代理説、権利濫用ないし信義則説、民法五四条（**注記** 現在は削除）類推適用説、代理権濫用説などが主張されている（周知の問題であるので個々の引用は省略する）。しかし、これを完全な代理行為とするのは妥当でないとの結論においては異なる。

(11) (2)の昭和五七年判決は、Aの意思が売買契約の買主の意思として何ら欠けるところはないと認定しつつ、続けて「A本人は、自分自身が買い受ける意思はなかった旨供述するが、その言わんとするところは、最終的に代金を負担する意思はなかったという趣旨に尽きると解され、仮にそうであったからといって右認定を妨げるもので

はな（い）」と述べている。しかし、買主としての権利義務を行使する意思があったのならば、通常の代理と何ら変わらない。そうではないからこそAは争っているのであるから、それでもやはり買主としての責任を負担すべきであるとするならば、意思の認定にとどまらず、一定の根拠が必要なのではなかろうか。清水・前掲注(9)二八七頁は、本判決につき、名義貸人が商品の引渡しを受け、代金も支払う型であるから、名義人の契約として完全に有効に成立しているとされるが、それでは、法律効果だけでなく、経済的効果までも同人に帰属する場合とみてしまうことになるのではなかろうか。

1－3 名板貸規定の趣旨

名板貸は、ある者が自己の名を使用して営業をなすことを他人に許諾することであり、もともとは、取引所の取引員がその営業名義を取引員としての免許を受けていない他人に賃貸するところに発生した商慣習である。のちには広く、他人の信用や名声を利用して自己の営業を有利に運営するために行われるようになったといわれている。しかし、名板貸の規定（旧商二三条）は、昭和一三年の商法中改正で設けられたものであり、それ以前は規定がなかった。その結果、名板借人と取引する相手方が営業の主体を誤認して不測の損害を被る場合が生じていたので、判例は、種々の法理を用いて相手方の保護を図っていた(12)。たとえば、大判昭和四年五月三日（民集八卷四四七頁）は、運送業を営む者に自社の支店名の使用を承諾していた者が貨物引渡上のミスにより被った損害の賠償を請求されたという事案で、「(支店名義を) 許シテ使用セシメタル事実ハ即被上告会社カ同支店ト取引ヲ為ス第三者ニ対シテ該支店ノ事実上ノ経営者ハ同支店ノ業務ニ属スル総テノ行為ヲ被上告会社ニ代リテ為ス権限ヲ有スル旨表示シタルモノニ他ナラス……上告人ニ生シタル損害ニ付被上告会社ハ自己又ハ其ノ被用者同様ノ責ニ任スヘキモノト解スルヲ相当トス」として、責任を肯定した。また、大判昭和五年一〇月三〇日（民集九卷九九九頁）は、講の管理人として自己の名義の使用を承諾していた者が講掛金の返還を請求されたという事案で、民法一〇九条、商法六五条は「取引ノ安全ヲ保護スル為法律行為ヲ為スニ当リ自己カ責任ヲ負担スヘキ地位ニ在ルカ如キ表示ヲ為シ又ハ責任ヲ負担スルカ如キ行動ヲ為シタル者ハ其ノ真意ノ如何ニ拘ラス之ヲ知ラサル者ニ対シテハ其ノ責ニ任セサル可カラストノ法律ノ精神ニ基クモノ」であるとして、この「法律ノ精神ニ従ヒ」責任を肯定した。さらに、大判昭和八年七月三一日（民集一二卷二四二一頁）は、運送営業のために自己の名義を貸していた者が名義を借りた者の起こした自動車事故の損害賠償を請求されたという事案で、前記の昭和四年判決、五年判決を引きつつ、「本件ハ不法行為判例ノ場合ハ法律行為ニ関スルモノナリト雖自己カ責任ヲ負担スヘキ地位ニ在ル旨ヲ表示シ又ハ責任ヲ負担スルカ如キ行動ヲ為シタル者ハ之ヲ知ラサル者ニ対シテハ其ノ表示又ハ行動ノ責ニ任セサルヘカラサル所以ニ於テ取引上之ヲ区別スヘキ理由アルコトナク本件ノ場合ニ於テモ前記営業上ニ於

テ発生シタル事故ニ付テハ上告人ヲシテ自ラ営業者トシテ其ノ責ニ任セシムルコトニ由リ取引ノ安全ヲ保護スヘキモノト解スヘキヲ相当ナリトス」として「民法第七百十五條ノ法意ニ依リ」責任を肯定した。

しかし、この責任をどのように法律上説明するのかについては、これらの判例上も、また学説上も、不法行為とするもの(13)、表見代理とするもの(14)、表示による禁反言とするもの(15)など混迷を来していた。結局、名板貸については、實際上取引の相手方を保護する必要があるとしても、これに適切な条文がないという理解においては一致していたとみてよいであろう。

このような状況を背景にして、昭和一三年の商法中改正で名板貸の規定が設けられたのである。立法の理由をみると、このような事例が多く第三者が営業主体を誤認し不測の損害を蒙ることがあるので、このような第三者を保護するため、としか述べられていないが(16)、名板貸の理論づけの明確化のためであったことは前述の経緯からあきらかであろう(17)。そして、二三条は、禁反言則ないし権利外観法理を特別に展開したものであり(18)、「営業主体の誤認」に関するものである点において「代理権の誤認」に関する表見代理と異なる独自の存在意義があると解されている(19)。ただ、これによって直ちに理論づけが明確になったといえるかについては問題があり、商法二三条の施行後においても名板貸と表見代理との区別をめぐってなお議論があることは周知のところである。たとえば、最判昭和三年二月二日（民集一二巻二号二八二頁）は、建設請負業者が自社の出張所長名を使用させていたところ、出張所名義でなされた材木売買の代金を請求されたという事案で、商法二三条に基づき請求を認めたが、これに対しては、出張所の会計は建設請負業者の会計に属していたのであるから代理の問題（商四二条または民一〇九条）として処理すべきであったとのと批評がある(20)。また、最判昭和五年一〇月二日（民集一四巻一十二号二六六一頁）は、東京地裁の職員が「東京地方裁判所厚生部」という名称で買入れた商品の代金を東京地裁が請求されたという事案で、「民法一〇九条、商法二三条等の法理に照らし」て責任を肯定したが、これに対しては、名板貸と表見代理との区別をどの点に求めるのかという疑問が生じる（主体の誤認とも代理権の誤認とも言い切れなかったのではないと思われる）(21)。しかし、これらの議論を通じて、名板貸の理論上の位置づけはしだいに明らかになっているように思われる。すなわち、昭和三年判決についての議論は、名義使用人の行為が誰のためであるのかという問題にほかならず、また昭和五年判決は、「厚生部」が裁判所職員の福利厚生を図るために生活必需品の購入配分等をしていたという事情があるため、厚生部の職員の行為がその職員のための行為とも東京地裁のための行為とも言い切れなかったのではないかと思われる。このことからすれば、名板貸と表見代理とは、当該行為が「誰のためになされたのか」によって区別されるべきということができよう。

商法二三条による名板貸の法律効果は、名板借人と相手方との取引によって生じた債務の弁済に関して、名板貸人と名板借人とを連帯して弁済の責に任ずることである(22)。この

場合、相手方は、自己の選択によって名板貸人または名板借人のいずれに対しても弁済の請求ができるが、名板貸人は、責任を負うのみで相手方に対し何らの権利も取得しないと解されている(23)。すなわち、契約は、相手方と名板借人との間で成立するのである。この点については、営業主体の誤認についての相手方の保護が二三条の趣旨であるのならば、何故契約は名板貸人と相手方との間に成立すると解しないのかという疑問が生じるが、商法学者の間では問題にされていない(24)。おそらく、形式的には、二三条の文言が「他人ト連帯シテ弁済ノ責ニ任ズ」となっており、契約の当事者となるのとは異なること、および実質的には、当該取引が名板借人の営業の一環として行われている以上、名板借人に権利を取得させるほうが实际的でありかつ名板貸人に権利を取得させる必要もない、というのが理由であろうと思われる。

以上のことから、名板貸に関して次のことがいえるであろう。すなわち、商法二三条は、当該取引が名板借人のためになされたという点に着目して、これを代理と区別するために必要になった規定である。したがって、契約は、相手方と名板借人との間で成立する。しかし、名板貸人は、名義を貸したことによる責任を、名板借人と連帯して弁済の責を負うという形をとる。言い換えれば、名板貸人が「種々の意図」を持って「名義を貸す」という行為をし、それによって名板借人を通じて名板貸人が「契約の当事者」であるとの表示がなされたことが、名板貸人の意図どおりにでも名板借人の表示どおりにでもなく、「債務についての連帯責任」という法律効果を生じると構成されているのである。このように、Aの名でBがBのためにCと契約したという場合について1—2で生じた疑問、すなわち、「Bのため」という実質上の経済的効果は法律上考慮しなくてよいのか、また名義を貸すことで契約の当事者となる意思を推認してよいのかという疑問に対して、商法においては、代理という構成をとらず、名板貸人に債務についてのみの連帯責任を負わせるという形で一つの解答が示されているのである。

(12) 名板貸については極めて多数の論文があり、ここでその全部を引用することはできない。本文での記述につき、米沢明「名板貸」民商五四卷四号四五〇頁以下、五五卷一号五二頁以下、同『名板貸責任の法理』（一九八二年、有斐閣）、同「民商法の表見責任」民商九三卷臨時増刊号（2）一頁以下、古瀬村邦夫「商号」『経営法学全集（7）』（一九六六年、ダイヤモンド社）三八一頁以下、松岡誠之助「名板貸」『演習商法（総則・商行為）改訂版』（一九七六年、青林書院新社）一五〇頁以下、蓮井良憲「名板貸による責任」『判例と学説6』（一九七七年、日本評論社）五〇頁以下、田中＝喜多・前掲注(7)二六五頁以下参照。

(13) 昭和八年判決。昭和四年判決については、債務不履行というのか不法行為というのか不明確であるとの指摘がなされている。末川博「判批」論叢二四卷一号一二八頁、小町谷操三「判批」判民昭和四年度三九事件一八〇頁参照。末弘厳太郎「名義貸与者の責任」『民法雑記帳下巻〔第二版〕』（一九七七年、日本評論社）一五一頁以下は、名

義貸与者の責任は法律行為と不法行為とで統一的に考えたほうがよいが、それは「表示による禁反言」では無理であり、「名義貸与の違法性」を責任の基礎とすべきであるとされている。

- (14) 昭和四年判決。
- (15) 昭和五年判決。小町谷操三「判批」判民昭和五年度九七事件三四九頁は、判決は表示による禁反言の原則を認めたもので正当であるとされている。
- (16) 司法省民事局『商法中改正法律案理由書（総則・会社）』（一九三七年、清水書店）一五頁以下、寺澤音一『改正商法審議要綱』（一九四一年、法文社）六一頁。
- (17) 米沢・前掲注(12)五五卷一号五三頁、田中＝喜多・前掲注(7)二六五頁参照。
- (18) 米沢・前掲注(12)五五卷一号五三頁、古瀬村・前掲注(12)三八三頁、松岡・前掲注(12)一五一頁、蓮井・前掲注(12)五〇頁、田中＝喜多・前掲注(7)二六五頁。
- (19) 古瀬村・前掲注(12)四一一頁、田中＝喜多・前掲注(7)二七五頁、米沢・前掲注(12)五五卷一号七八頁。
- (20) 服部栄三「判批」民商三八卷三号一二七頁。
- (21) この判決は「営業」ないし「商人性」の観点から二三条の類推適用ができるかとして問題とされることが多いが、表見代理との関係についても問題があることを指摘するものとして、古瀬村・前掲注(12)四〇八頁、蓮井・前掲注(12)五七頁参照。
- (22) 二三条に関しては、どのような場合に名義使用の許諾があったのか、相手方の過失の有無はどのように解するのか、不法行為や手形行為についても責任を負うか、などについて議論があるが、ここではふれない。
- (23) 松岡・前掲注(12)一五一頁以下、田中＝喜多・前掲注(7)二七五頁参照。
- (24) 手形行為に関して、手形上に名義借人の名が出ないにもかかわらず名義貸人に二三条の責任を負わせてよいかという議論があることは周知のとおりであるが、この議論も通常の二三条の事案では、契約が相手方と名義借人との間で成立することを前提にするものである。

1－4 民法における「名義貸し」の法律構成

商法における問題の解決は、非常に合理的なものであるように思われるが、その結論を民法上どのように法律構成するのかについては、まず、契約の当事者は名義貸人であるのかまたは名義借人であるのかという問題を解決しなければならない。1－2で検討した裁判例では代理という構成がとられ、契約当事者は名義貸人であるとされているが、1－3で検討した名義貸では契約当事者は名義借人であると解されている。しかし、以下のように、名義貸しをめぐって生じる紛争に応じて問題を考えるならば、民法上も契約は、相手方と名義借人との間で成立すると解すべきように思われる。すなわち、Aの名でBのためにBがCと契約を締結した場合、生じる紛争の形態は、①CからAに対する請求、

がほとんどであろうと思われるが、その他に②CからBに対する請求、また契約が双務契約である場合の③AからCに対する請求、④CがAに弁済した場合の問題、⑤BからCに対する請求も考えられる。

しかし、②CからBに対する請求、および⑤BからCに対する請求は、CまたはBがそれぞれ、契約の実際の当事者はAではなくBであることを立証しさえすれば、認めて差し支えないことは、Bによる他人名義の冒用ないしBが単なる符牒として他人名義を使用した場合と同様であろうと思われる。したがって、これらの場合には、契約はB C間で成立すると解してよい。1—2で検討した昭和二七年判決は、A C間での契約の成立を認めつつ、「このことは自ら資力ある者がその法律上の責任を回避するため無資力の名義人を立て若しくは仮設人の名義をもってする場合とは同日に論ずることを得ない」と述べているが、その理由はあきらかでない。むしろそのような場合のあることを考えるならば、なおさら契約はB C間で成立すると解すべきであろう。

次に、③AからCに対する請求については、理論上は、これを認めるか否かが誰を契約の当事者とみるかの最大の問題であろうと思われる。しかし、実際の問題としては、AがCに対して契約上の債務の履行を請求するということは、その時点でAが契約の当事者となること、すなわちBの代理権を認めたことにほかならないのであり、代理人が本人の名のみを示してなした代理として処理すれば足りるのである。この意味において、1—2で検討した裁判例で示された考え方は、AからCに対する請求の事案において展開されるべきものであったように思われる。

さらに、AがCに対して請求したのではなく、④CがAに弁済してしまった場合については、AがBの代理権を認めたと構成することはできないが、Cは、債権の準占有者に対する弁済をなしたものとして民法四七八条による解決をはかれば足りる。1—2で検討した昭和五七年判決は、立替払契約の目的であった陶芸品がAのもとにあることを考慮して契約当事者をAとみたとも思われるが、それはこのようにAに対する弁済の効力が問題となる事案において四七八条の問題として処理すれば足りると思われる。

以上のようにみてくるならば、Aの名でBのためにBがCと契約を締結したという場合には、①CからAに対する請求において、これがBのための行為であるとのAの抗弁を封じさえすればよく、契約はB C間で成立すると解してもよいということになる。そこで次には、Aの抗弁をどのような法律構成によって封ずるのが問題となるが、これに関しては、民法九三条によるべきものとする。ここで詳しく論ずることは差し控えるが、私見によれば、九三条は、冗談や戯言についての規定というよりは、ある意思表示がなされている場合にその表示をなすことを了解している者は実際にはその表示の内容と抵触するような事情が背後に存することを善意無過失の相手方に主張しえない、という趣旨の規定と解すべきであり、従来の九三条に関する裁判例においてもそのように機能してきたと考えている(25)。このように九三条をとらえるならば、ここで問題としているAの抗弁もまた、九三条の適用によって、Aという表示の背後にある、実はBのための行為であるとの事情

の主張をCが善意無過失である場合には認めない、と構成できるのではなかろうか(26)。なお、この考え方は、代理権の濫用の問題において判例が展開している九三条但書の類推適用の考え方とは異なるものである。判例は、代理権の濫用の場合には代理人に代理意思はあるが、実際には本人のためにするのではないという点につき九三条但書を類推適用している。代理権の濫用の場合は、Bの利益のためにするということをAが了解していない点でここでの場合とは異なるが、Bのなした表示とAの意図とが食い違っているという点では共通する。しかし、これをそのままここでの問題に当てはめるならば、AのCに対する抗弁は封ずることができても、契約はAC間で成立すると解さざるを得ない。これに対して、私見では、契約はBC間で成立すると解しつつ、CがAに対して請求をしてきた場合には、Aは、契約ではAと表示されているがそれは実はBのためのものであるとの主張をすることができない、という意味において九三条を利用しようとするものであり、その限りでAに「責任」を負わすべきであると考ええるものである(27)。

以上のように、1—2の昭和二七年判決および昭和五七年判決においては、契約はBC間で成立し、ただAはCからの請求を拒むことができないと解すべきであったように思われる。このように解することによって、いわゆる「名義貸し」の法律関係は、民法上も商法二三条（現商法一四条）におけるのと同様の処理をすることが可能になると思われる。ただ、条文上の説明としては、このような結果を端的に認めるものとして、商法二三条（現商法一四条）の類推適用によることが最も实际的ということになるであろう(28)。

(25) 中舎寛樹「代理人の権限濫用行為と民法九三条の役割」名法九〇号五二頁。従来の裁判例を検討すると、九三条が適用されている事案も実は「意思はあるが、その背後にある諸事情を相手方に主張しえない」という意味で理解すべきであり、「意思がない」というのは、それらの事情の主張を認めるためまたはそれらの事情があってもその主張を認めないというための表現にすぎなかったのではないかと思われる。また、フランス民法典は、心裡留保に関する直接の規定を持たないが、証拠に関する一三四一条が、証書の作成後において、その内容に反するまたは内容に含まれない事項を主張することを否定しており、「意思の存否」の問題は、意思主義、表示主義といった理論上の問題としてよりはむしろ、具体的紛争たる訴訟において当事者が何を主張できるかという問題として実質的にとらえられているように思われる。わが国においても、意思の存否は、具体的な訴訟において相手方との関係において「何を主張できるか」という問題としてとらえられるひとつの法的評価と考えるほうがよいのではないかと思われる。従って、1—2の裁判例が名義貸人には意思があると認定したことはこの意味に理解すべきであると思われるが、それにはやはり根拠がいるのではないかと考えているのである。

(26) 1—2の裁判例のように、名義貸人について契約当事者となる意思を推認するという構成をとった場合には、契約の相手方の善意・悪意および過失の有無は考慮されな

い。しかしたとえば、ＡＢ間でＢがＡの名義を借りるにあたりＡには一切迷惑をかける旨の取り決めがあった場合で、かつ、このことを相手方Ｃが知りまたは知り得べかりしであった場合には、Ａという名義はＡＢＣ三者間では単なる形式上のものと考えるべきであり、Ａの責任を否定するのが合理的ではないと思われる。

(27) クレジット・カードを他人に貸与したところ、その者が自己のために利用したという場合には、「名義貸し」と同様の問題が生ずる。この場合につきカードの約款には、たとえば「カードの所有権は〇〇にあり、会員はカードを他人に貸与、譲渡および質入するなどカードの占有を第三者に移転させることは一切できません。万一これに違反し、カードが第三者によって使用された場合、会員はそのために生じたカード利用代金その他一切の損害について責任を負うものとします。」といった条項が設けられている。これも、会員を利用者とみるというよりは、会員にカード貸与による支払「責任」を負わせているものと思われる。また、預金の払戻しについての銀行の免責約款はここでの「名義貸し」の事案とは異なるが、銀行を免責するものであって受領者を預金者とする旨のものではない。

(28) 清水・前掲注(9)二八七頁によれば、ここでの検討で取り上げたような事案は、端的に商法二三条の名板貸に該当するとみられるようである。なお、前掲注(9)の東京高判、名古屋高判は、いずれも割賦購入あっせんに関して商品供給契約が虚偽であるのに立替金払契約が締結された事例であるが、東京高判は、民法九三条により、名古屋高判は、商法二三条の法意により、名義貸人の責任を肯定している。これらと私見の考え方との関係が問題になるが、前述のようにいちがいには同列に論じられないので、論評を差し控える。

2 受託者名義での中古自動車の販売委託と表見代理の類推

東京高裁平成元年一二月二一日判決——一部変更（上告）

（昭六一（ネ）四二六号、自動車所有権移転登録・同反訴請求控訴事件、同六二年（ネ）第九五三号附帯控訴事件）

判時一三三九号九三頁、金判八四七号一六頁

2-1 判決のポイント

中古車の販売を委託された者が自己名義で、かつ指値以下の価格で売買契約を締結した場合に、表見代理の規定の類推適用を否定した事例。従来ほとんど論じられていなかった問題であるが、代理との相違点と類似点を法律構成にどう生かすかがポイントになる。

2—2 事案

中古車の販売仲介業者Yは、顧客Aから本件自動車を売却してほしいと委託され、その引渡しを受けた。Yは、同業者Bに対してこれを六八〇万円で売却してほしい旨の委託をし、自動車および移転登録に必要な関係書類一式をBに引き渡した。Bは、当時多額の負債を抱えており、当初から売買代金を自己の用途に充てるつもりで、同業者Xに対してこの自動車の所有者であるとして五五〇万円で売却してしまった。Xは、Bを所有者であると信じて、代金のうち二〇〇万円はBに対する貸金債権と相殺し、Bに三五〇万円を支払い、自動車と関係書類の引渡しを受けたが、移転登録をしないままにしておいた。その後、Yは、自動車をBに詐取されたことの損害賠償としてAに対して四五〇万円を支払い、自動車の所有権を取得する旨合意し、自動車の所有名義をYに変更し、車検証の再交付を受けた。そこで、Xは、Bが売買契約を締結するについて代金額等の点で権限を越えていたとしても、民法一一〇条の適用ないし類推適用により自動車の所有権を取得したと主張して、Yに対して所有権移転登録手続を請求した。これに対して、Yは、反訴を提起し、自動車の所有権に基づく引渡しと損害賠償を請求した。原審は、Xの請求を棄却し、Yの請求を認容したので、Xが控訴した。

2—3 判旨

「中古自動車の売買においては、当事者が自動車と所有権移転登録に必要な関係書類とを所持していれば真の所有者が誰であるかまでを調査することなく取引が行なわれ、したがって、契約締結に当たり当該自動車の真の所有者が誰であるかは必ずしも重要な事項とされていないことが認められる。そうすると、本件自動車の売却についてY及びBが有していた権限の内容としては、……Aのために自己の名において（自己が契約当事者として）契約を締結することも許されていたもの……と解するのが相当である。そして、Y又はBが自己の名をもって売買契約を締結した場合には、それが委託（委任）の本旨に従ったものである限り、Y又はBとAとの内部関係においては、前記売買契約の効力はAに及ぶ……旨の黙示の合意（特約）があったものと解されるが、右売買契約が委託の本旨に従ったものでないときには（例えば指値より廉価に売却した場合）、右内部関係において当然にはその効力は及ばない……ものと解すべきである……。」

「表見代理の各規定は、表見代理人の行為を通じて相手方と本人（本件ではXとA）との間に直接の法律関係を生じさせる規定であるところ、本件売買契約におけるBの行為は契約当事者の行為として相手方であるXとBとの間に法律関係を生じさせるものであり、Xと本人であるAとの間に直接の法律関係を生じさせるものではないから、本件売買契約に右各規定を類推適用することは必ずしも相当でない……。」

2—4 先例・学説

本件では、A所有の自動車は、その後Yに譲渡されているので、事案を簡略化して、Y→B→Xという事例として検討する。本件の最大の問題点は、①BからXへの売買が代理の形式によらず、B自身の名でなされたということである。これに、②Bが六八〇万円で売ってほしいというYの委託に反して、五五〇万円で売却したこと、③Bは、はじめから委託の趣旨に従うつもりがなく、代金の一部を自己の債務に充当したこと、④売買の目的物が登録自動車であること、という事情が加わっており、さながら、他人のために自己名義で行為する場合の設例のような様相を呈している。

本件に関しては、いわゆる授權 (Ermächtigung) 理論との関係が問題になる。授權とは、自己の名において他人に法律効果を帰属させるための概念であり、その具体的有用性に関する研究も最近ではかなり進んできている (伊藤進『授權・追完・表見代理論』〈一九八九年、成文堂〉一頁、清水千尋「授權 (Ermächtigung) に関する基礎的考察」立正法学一二巻三・四号五五頁、一三巻一・二号五五頁、一七巻一・二号二九頁、四号五一頁、二一巻一・二号五九頁、二二巻一～四号六三頁、石田穰「授權について」四宮和夫古稀記念『民法・信託法理論の展開』〈一九八六年、弘文堂〉四五頁など)。また、判例上も他人による権利の処分について処分授權を認めたと評価されるものがみられる (大判昭和一〇年九月一〇日民集一四巻一七一七頁、最判昭和三七八年八月一〇日民集一六巻八号一七〇〇頁。両者とも、非権利者による処分を権利者が追認した場合に関するもの)。そして、授權論者によれば、授權は、代理とともに現代の分業化社会に不可欠な、他人に代わってする行為の一種であり、その作用形態によっていくつかに分けられるが、処分授權が問題となるような場面 (たとえば現実売買) では、原則として人的要素が重視されないので、代理において顕名主義の例外が認められるように、隠れた授權 (相手方が授權であることを知らない) も認められるとされている (伊藤・前掲四五頁以下)。このような観点からは、本件は、処分授權の法律関係解明に関する恰好の事例ということにもなろう。ただ、処分授權に違反した場合の具体的な法律関係がいかなるものかということになると、従来の裁判例では、わずかに東京高判昭和五六年一二月二一日判時一〇三六号七七頁 (Xが相続人に分配する趣旨で建物を換価処分する権限をAに授与したところ、Aは自己の利益を図るために建物名義を自己に移転し、Yのために抵当権を設定したという事案において、民法一一〇条の法意を類推してYを保護した) や、大阪地判昭和六二年二月二〇日判時一二八二号一三九頁 (Xが金員借入とそのための担保設定をAに依頼して不動産の登記に必要な書類を交付したところ、Aは自己が代表者であるB会社のために登記名義をBに移転し、これをYに譲渡したという事案において、一一〇条の法意を類推してYを保護した) がある程度で、本格的な判例法はまだ形成されていないといわれており (しかも、これらの両事案では、A名義で取引する権限が授与されていたのか、それともAが勝手にしたことなのか不明な点もある)、また学説でも、その解明はようやく研究が始められた段階にあり、表見法理な

どの類推による保護を考える点ではほぼ一致しているようであるが、細かい点では各論者によって差異もある。

他方、三宅正男教授は、処分授權は、所有権の移転につき物権行為主義を採るドイツ民法の下で、たとえ所有者が売却を委任した場合でも他人の物の売買として所有権移転の効果が委任者に生じないことになる不都合を回避するための議論であり、所有権移転に意思主義を採るわが国では無用な概念であるとの立場から、本件の評釈において、本件を委任の解釈の問題としてとらえ、授權理論によらない解釈論を展開しておられる（三宅正男「判批」判例評論三七八号四四頁）。それによれば、委任に基づき受任者が自己の名で行う契約は、相手方が委任を知らない場合と知っている場合とに区別される。そして、前者は虚偽表示の一種であるが、後者は問屋取引の場合であるとされ、それぞれの場合に応じた法律構成、とくに後者の特殊性（一面では契約当事者が誰かという点で代理と異なり、一面では相手方が委託であることを知っているという点で代理と同一性を有するとされる）に応じた法理論を追求する必要性を説かれる。具体的には、委託に違反した場合の相手方保護は、一一〇条の類推適用による（ただし、本件では後述のように一一〇条類推の余地がないと解される）。

これら二つの立場には、他人に代わってなす行為をわが民法の解釈上どのように法律構成すべきかに関して、おそらくは究極的に対立する根本的な違いがあり、それは代理と委任との関係、外観保護法理の位置づけ等々の場面にも影響を与えるもののように思われる。しかし、ここでは、これらの立場のいずれが妥当であるというようなことを早計にいえまいし、これらの議論をまとめあげることすら十分にできない。また、いずれの立場によっても重要だとされているのは、他人に代わってなす行為とわが民法の諸規定との関係を具体的に明らかにすることであろう。そこで、以下では、事案に即して結論の具体的妥当性とその結論を導くために適切と思われる法律構成を探るという角度から本件を検討し、二つの立場からの主張は、検討の過程で個別的に取り上げることにする。

2—5 評論

一 他人のために自己の名で委託された法律行為をする場合を大別すれば、①自己の名で行為することにつき当事者間に合意がある場合と、②合意がない場合とがあるであろう。②は、代理人が顕名することなく代理行為をした場合であるから、民法一〇〇条をそのまま適用できる。したがって、原則として代理人自らのための行為とみなされ、例外的に相手方が知りまたは知り得べかりしときに本人に対して効力が生じる。

本件は、①の場合にあたる。この場合も、外形的には②の場合と異なるところがないので、一〇〇条があてはまるようにみえる。本件のXも、その請求原因をみると、BがYの代理人であったと主張しているようにも思われる。もし、一〇〇条によってY X間での売買が成立したとみるときは、Yの委託にBが違反した点につき一一〇条を適用する余地

が出てくるであろう。しかし、代理の場合には本人が授与した権限の内容は、代理権であって、行為者が自己の名で行為することを承認しているわけではない。自己の名で行為することを合意している場合には、この合意の法的な意味を明らかにすることが重要であり、たまたまそうなった場合とは異なる責任を認めるのが妥当である。本判決もまた、代理であるとの論理を否定したわけであるが、たまたまBの名によった場合でも一一〇条の適用が考えられる以上、はじめからBの名によることを合意していた場合には、Yにはそのような名義に対してより重い責任があると考えるのが合理的であろう。

二 このように考えるときは、本件におけるY B間の関係は、端的に通謀虚偽表示と解すべきだと思われる。虚偽表示を何か悪事をはたらく場合かのようにのみとらえ、執行免脱のための不動産登記名義の移転のような場合を典型として念頭に置くと、ここでの場合がそれにあたるとみることに違和感があるかもしれない。しかし、YのものがBのものとして売却されるのであり、そのことがY B間の合意に基づくものである以上、中古車がBのものであるという外形がBのもとで作出されていることが虚偽の表示であり、それが実はYのものであって、YはBに販売を委託したということがY B間の通謀による隠された真の合意であるとするに、何らの支障はない。虚偽表示をこのように、当事者の真の合意と外形とがくい違う場合に、真の合意を第三者に対抗できるかという問題に関する基礎理論として位置づけることが、簡明で、かつ、自己の名で他人のために行為する関係に条文上の根拠を与え、しかも以下で述べるように、ここでの問題解決にとっても有用であると考え（第一章第一節1—2六参照。商法上の問屋は、「自己ノ名ヲ以テ他人ノ為ニ」物品を販売、買入れする者であり、虚偽表示にあたるが、それが定型化して、ひとつの取引形態として認知されたものとみるべきであろう。ちなみに、フランス法上、問屋には虚偽表示に関する一三二一条の適用はないと解されているが、それは、問屋においては委託であることが第三者にわかっているにもかかわらず、同条が九四条と異なり、隠された合意は第三者に対して効力を有しないという規定の仕方をとっているからであろう）。

本件のような場合を虚偽表示とみるならば、Xとの関係は、Xが事情を知っていたか否かによって分かれる。そして、XがY B間の事情を知らなかったときは、Yは自己が所有者であることをXに対抗できないので、売買契約はB X間で有効に成立し、Yは所有権に基づく取戻しをXに主張できないことになる（九四条二項。第三者に無過失を要求すべきではないと考える、代理の場合と異なり、行為の相手方が真の権利者だと言っているのであるから、第三者にそれ以上それが真実か否かの調査確認義務を負わせるのは妥当とは思われないからである）。他方、Xが事情を知っていたときは、売買契約はB X間で成立しても、Yは、Y Bの隠された合意をそのままXにも対抗できるので、実は販売の委託であることをXに主張できるが、逆にいえば、販売を委託した以上、まったくの他人の物の売買の場合とは異なり、やはり所有権に基づく取戻しを請求することはできない。このように、委託がそのまま実行されたときには、Xが事情を知っているか否かによって、売却された

ものの取戻しに関して結論が異なることはない。しかし、この区別は委託違反の問題を考えるにあたって重要である。

Y B間の関係を虚偽表示と解すれば、BがYからの委託に違反した場合の法律関係も明確である。すなわち、Y B間の事情につきXが善意であるならば、Yは、そもそも委託関係であることすらXに対抗できないので、委託違反があってもB X間の法律関係は何らの影響も受けないと解することになる。しかし、Xが悪意であるならば、Yは委託であることをXに対抗できる結果、Y B X間の関係は、法律構成上は代理ではないが、実体としては、BはYのためにYに代わって行為するという点で同一となり、代理に極めて近い関係になる。したがって、Bが委託に違反した場合には、一一〇条を類推適用し、委託違反の点につきXが善意無過失であるならば、Yは、Bの無権限をXに主張できないと解すべきであろう（Y X間に売買契約が成立したという効果を導くのではなく、Yからの取戻請求を排除するという意味で類推する）。また、本件では、Bははじめから委託の趣旨に従うつもりがなく、代金の一部を自己の債務に充当したという事情があるが、これも、代理権濫用の場合の処理を類推して解決すべきことになろう（もし、判例理論によるときには、九三条但書を類推適用し、Xが濫用につき善意無過失であれば、YはBの権限濫用をXに主張できないことになる）。

ところで、このように相手方の知、不知によって場合を分けることは、前述の授權理論における、隠れた授權と明らかな授權の二分論に対応し、その法律関係の理解も結果的にはほぼ同様のものになる（たとえば、石田・前掲五三頁以下）。そして、委託された権限の違反があった場合についても、相手方が授權であることを知らない場合には九四条二項の類推適用が、知っている場合には一一〇条の類推適用が主張されている（石田・前掲五四頁以下）。また、三宅教授も、授權理論はわが国の解釈論として不要であるとの立場ではあるが、やはり同様に、受任者が自己の名で行う契約には二通りのものがあり、相手方が委任であることを知らない場合は通謀虚偽表示の一種であり、相手方は九四条二項の類推適用によって保護されるが、相手方が（委任者は知らないが）実は委任であることを知っている場合もあり、問屋は後者に属するとされ、問屋については虚偽表示とはまったく別の法律関係（一面で代理との同一性を有する特殊な委託）を考えられつつ、委託違反があった場合について一一〇条の類推適用を主張される（三宅・前掲四五頁以下）。これらの結論は、私見の立場とほぼ同一になる。しかし、これらにあっては、「相手方」の知不知によって「当事者間」の法律構成が変わるとする根拠は、相手方の信託の種類が違うということを描する以外必ずしも明確ではない。両者の場合がともに虚偽表示であると認めることこそが、単に簡明というだけにとどまらず、知不知による場合の区別の根拠を法的構成としても明確に説明でき、かつ、九四条二項と一一〇条による処理およびその使い分けを明確に位置づけることができるように思われる（清水・前掲二二巻一～四号九一頁は、処分授權においてはそもそも誰が権利者であるかは重要ではないとの理解から、授權違反の場合にも、明らかな授權と隠れた授權を区別することなく、「有効に処分の効果が発生する」

という相手方の信頼を保護するために表見代理の規定を類推適用すべきだとされる。しかし、処分授權の場合すべてが誰の名で行われるかが意味を持たない取引だとはいえないように思われる)。

三 さて、以上のような解釈は、ある行為が誰の名で行われるかが意味を持つ取引においてこそいえることである。前述のように、伊藤教授は、授權理論の立場から、現実売買のような人的要素の重視されない行為と、重視される行為とを区別され、隠された授權は前者についてのみ許され、処分授權の場合は原則としてこれに属するとされる。処分授權ではすべて人的要素が重視されないかという点はさておき、このような区別自体は、授權を虚偽表示とみる私見の立場においてもまた、重要である。というのは、人的要素の重視される取引、すなわち売買の目的物が誰のものであるかが重要な取引においてこそ、当該売買が受託者の名で行われたことに対する委託者の責任を追及する（九四条二項）のが合理的だからである。人的要素の重視されない取引では隠れた処分授權が許されるということ私見の立場からいえば、そのような取引では、相手方は当該目的物が誰のものであるかにこだわっていない以上、取引名義に対する信頼保護の規定である九四条二項や一一〇条を持ち出すこと自体、取引の実体に合わず、まさに物の処分権を有していたとだけ構成すれば足りるということになる。問題が顕在化するのとは、その処分権に違反した場合の取扱いであるが、その場合も、人ではなく物が現在その者の占有下にあり処分可能であることへの信頼を端的に保護すればよく、真の権利者と行為者との間が代理であったのか虚偽表示であったのかなどを主張させる必要はない。したがって、一九二条によることももっとも合理的である（不動産売買のような場合は、人的要素が重視されるので九四条による保護になるのである）。

しかし、本件では、登録自動車の問題となっている。登録自動車について、判例は、従来より、登録がなされている以上一九二条の適用はないとの解釈を示している（最近の事例として、最判昭和六二年四月二四日判時一二四三三二四頁）。これは、ここでの問題に置き換えれば、登録自動車の取引は人的要素が重視される取引だと解していることになる。ところが、実際の中古車取引の実体は、本判決も述べているように、けっしてそのようなものではなく、販売業者のもとにある中古車の現在の登録名義が誰であろうと（販売業者の所有であっても登録は以前のままにしてあることが多い）、とにかく販売業者であるから、その処分権は有しており、業者との売買契約によって所有権を取得できるとの信頼の下で行われているものであろう。このように考えると、本件は、取引の実体からすれば一九二条による保護を考えるのがもっとも適合的であるにもかかわらず、登録自動車と一九二条に関する判例理論のためにそうとは構成されなかったものであるように思われる（三宅・前掲四八頁は、本件では問屋の自己売買が問題であり、Bは問屋として売却したのでないから表見代理の類推は問題にならず、またXは問屋と信じたのだからたとえ登録自動車でなくとも一九二条による保護もないと解される。しかし、中古車取引の実体はそうに

自動車が誰のものであるかに厳密にこだわってなされてはいないし、本件でもそうであったのではないかと思われる)。しかし、本件を人的要素の重視される取引ととらえるのであるならば、前述のように、売買がBの名で行われたことを積極的に法律構成したうえで、九四条二項または一一〇条による保護を認めるべきであったように思われる。

3 預金契約の当事者・表見代理・準占有者に対する弁済

3-1 はじめに

Xから頼まれてAがY銀行へ行き、Xの出した金銭をA名義で預金したとする。この預金は一体誰のものだろうか。誰がこの預金の払戻しを受けたり、これを担保に融資を受けたりすることができるのだろうか。こんな単純な事例で始まる預金担保貸付と相殺をめぐる問題は、一見するとまったく別々の問題である契約当事者の確定、表見代理、債権の準占有者に対する弁済が複雑に絡み合う問題であり、簡単に答えを出すことができない。

この事例のような場合につき、判例（最判昭和四八年三月二七日民集二七卷二号三七六頁など）は、まず第一段階として、自らの出捐によって、自らの預金とする意思で、自らまたは使者・代理人を通じて預金契約をした者が預金者であるとする（客観説）。これによれば、預入行為者が出捐者の金銭を横領して自らの預金として預け入れた場合や、出捐者が他人に預金を取得させる目的で預金をした場合のように特別の事情がないかぎり、出捐者が預金者となるという。前述の事例では、Xは名義をAとさせただけのことであって、自分が預金者となるつもりだったので、Xが預金者となる。次いで第二段階として、Aを預金者であると信じて払戻しや貸付・相殺をしたY銀行につき、債権の準占有者への弁済に関する民法四七八条を適用または類推適用してこれを有効とし、Yを保護している。判例がこのような理論構成をとる背景には、①預金契約を締結する段階では、銀行は誰が預金者であるかということに特別利害関係を有しているわけではないので、実際に預金者になる意思を有している者を預金者とすればよく、たとえAが預金者であると銀行が誤信してもそのような信頼は保護に値しない、②またその後の事態の展開には、四七八条の適用（払戻しの場合）または類推適用（預金担保貸付・相殺の場合）によって対処できるので、格別に銀行の利益が損なわれるわけではないという判断があるとされている。

しかし、このような法律構成に対しては学説上、異論も多い。①まず、客観説に対しては、契約上に出てこない出捐者を一律に預金者とするようなことは「契約成立の一般理論」に反するとして、預入行為者を預金者とすべきだとする説（主観説。これによれば、預入行為者がとくに他人の預金である旨を明らかにしていないかぎり、預入行為者が預金者となる）や、一応出捐者を預金者とするが、預入行為者が自己の預金である旨を明示または黙示で表示した場合には、預入行為者を預金者とすべきとする説（折衷説。主観説とは逆に、預入行為者が特段の表示をした場合のみ預入行為者が預金者となる）が主張されてい

る。これらによれば前述の事例では、AがA名義で預金している以上、Aが預金者となる。
②また、客観説を前提にするとしても、その後の保護につき四七八条を類推適用することに対しては、弁済の場合のごく特殊例外的な弁済者保護規定である同条の適用領域を不当に拡大しすぎであるとの批判がある。そして、四七八条以外の法律構成として、表見代理の規定を類推適用する説、虚偽表示に関する九四条二項を類推適用する説、預金の払戻しに関する免責約款を弾力的に解釈する説などが主張されている。

以上のように預金担保貸付・相殺をめぐる議論が錯綜している背景には、たしかに当面の問題は特殊なものではあるけれども、そもそも、その法律構成を考えるにあたって前提となる、契約当事者の確定、代理、四七八条の適用領域といった問題相互の関係が不明確になっているという事情がある。判例が、多くの反対にもかかわらず、客観説プラス四七八条の類推適用という理論を維持し続けているのも、このような事情に関係があるように思われるので、以下では、それを解きほぐしてみることになろう（民法四七八条の類推適用に関する文献は多数あるが、ここでは、当事者確定問題、表見代理との関係について論じるものをあげておこう。幾代通『民法研究ノート』〔一九八六年、有斐閣〕一六四頁、星野英一『民法論集七巻』〔一九八九年、有斐閣〕一六七頁、安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田＝西原＝高木還暦記念『金融法の課題と展望』〔一九九〇年、日本評論社〕一六一頁、山田誠一「民法四七八条が類推適用された事例—いわゆる預金担保貸付」星野英一編『判例に学ぶ民法』〔一九九四年、有斐閣〕一三三頁、千葉恵美子「預金担保貸付と民法四七八条類推適用の限界」山畠＝五十嵐＝藪古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅱ』〔一九九七年、信山社〕二二頁、中舎寛樹「民法四七八条の類推適用と注意義務の判断基準時」『民法判例百選〔第四版〕』〔一九九六年、有斐閣〕八四頁、同「民法四七八条の類推適用」『民法の基本判例〔第二版〕』〔一九九九年、有斐閣〕一二八頁）同「預金担保貸付けと民法四七八条の類推適用」『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』〔二〇〇九年、有斐閣〕七七頁のほか、本研究第二章第二節）。

3-2 契約当事者の確定に関する一般理論と判例理論

前述の事例は、Xが出捐した金銭をAがA名義でYに預金したというものであった。判例を批判する学説によれば、出捐者Xを預金者とする客観説は、契約成立の一般理論に反するという。それでは、その一般理論とはいかなるものであろうか。

XがAを介してなす行為に関する制度として、民法上には代理制度がある。もしXのためにAがX代理人という表示をしてYとの間で契約を締結すれば、XY間で契約が成立する。これに対して、AがXの名で、またはAの名そのままYと契約を結んだ場合にはどうなるであろうか。これらの場合は、實際上ひんぱんに生じうるにもかかわらず、民法にはこれらに関する統一的な条文が用意されていない。ある場合は代理の変型として扱われ、ある場合は民法上のまったく違ったところの規定によって処理され、ある場合はどう扱う

べきかが判然としない。そのうちで、AがAの名でXの物をYに処分したような場合、これがここで問題にしている場合である。

① 代理人が自己の名のみを表示した場合

AがXから代理権を付与されているにもかかわらず、自己の名Aとのみ表示した場合には、民法上の規定では一〇〇条の問題になる。これによれば、契約は、原則としてA Y間で成立するが、Yが代理であることを知っていたかまたは過失によって知らなかったときには、X Y間で成立する（【図1—1】）。しかし、Aが行った行為が商行為である場合には、商法五〇四条が適用されて原則と例外が逆転し、契約は、原則としてX Y間で成立し、例外的にYが善意無過失であったときには、Yは、Aに対する履行請求を選択することもできるとされている）。

② 無権限の場合

Aが無権限の場合には、Aの行為が売買なら他人の物の売買になる。この場合には、契約は無効とはならず、A Y間で有効に成立し、ただAがXからその物の所有権を取得してYに移転しなければならない義務を負うにすぎない（【図1—2】）。Aがこの義務を果たさないときには、Yは、原則として目的物の所有権を取得することができないが、例外的に、目的物が動産の場合には、一九二条の即時取得によって救済されることがある。AがXの物を勝手にYに寄託した場合でも、物の所有者はXであるけれども、契約はA Y間で成立する。

③ 自己名義の使用が了解されていた場合

さて、XがAに代理権を付与したのではなく、またAが勝手にXの物を処分したのではなく、AがAという名で行為することについてXが了解を与えていた場合にはどうなるであろうか。これがここでの問題の場合に最も近い場合のように思われる。しかし、この場合がどう扱われるかについては、民法上にピタリあてはまる規定はなく、また学説の議論も明確とはいえない（【図1—3】）。

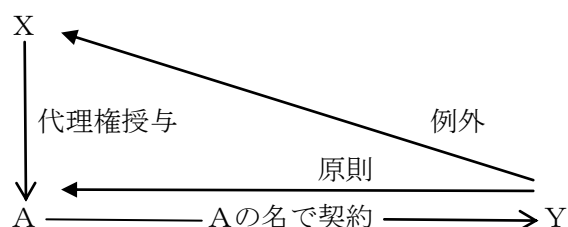
（1） まず、①の非顕名代理の場合と区別しないことを考えてみよう。預金契約に関して判例のとり客観説を批判する学説には、このような処理を念頭に置いていると思われるものが多い。たしかに、客観説の「自らまたは使者・代理人を通じて契約をした者」が契約当事者であるという表現からすると、客観説自身もまた、場合としては非顕名代理（の特殊な場合）と考えているようにもみえる。しかし、一〇〇条の場合は、代理人が自己の名で行為した場合であって、ここでの場合は、本人は代理権を付与しておらず、場合が異なる。このような構成だと、XがAにA名義の使用を了解したということに対する法的な評価が欠落してしまう。ただし、XがAにXの物の処分を依頼したこと、およびYからみればAがAの名で行為していることにおいては一〇〇条の場合もここでの場合も何ら異なるところがなく（Aが無意識的か意識的かの違い）、場合の違いを認識したうえで、処理としてはやはり一〇〇条によるという解釈も成り立ちうるであろう。そうすると、契約は、Yが事情を知らないときにはA Y間で成立し、事情を知っているときまたは知りえたとき

にはX Y間で成立することになる。

(2) 次に、間接代理にあたるといえないだろうか。商法でいえば、問屋（商五五一条）にあたる場合である。間接代理は、自己の名でかつ他人の計算で法律行為をなす場合であり、代理という名が付いてはいるものの代理ではなく、法律効果はすべてAに帰属し、改めて別の法律行為によってAからXに行為の経済的効果に移転させるものであるとされている。したがって契約は、一律にA Y間で成立する。しかし、間接代理の場合は、Yとの関係ではAに権利義務を帰属させることをXがはじめから目的にしている場合であるから、ここで問題にしている場合とは異なるであろう。

【図 1】

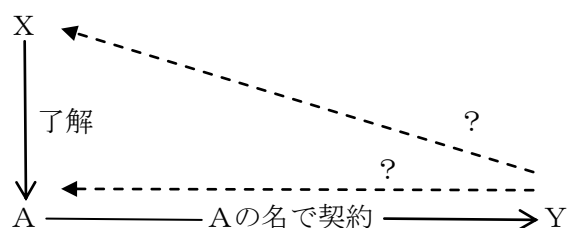
1 非顕名代理



2 他人の物の売買



3 Aの名で行為することを了解した場合



(3) 授權（Ermächtigung）という概念を使ってこの場合を説明することも考えられる。これは、自己の名で行為しながら他人に法律効果を及ぼす場合であり、ドイツ民法には規定があるが（ドイツ民一八五条）、わが国の民法には規定がない。しかし一部の学説は、わが国においても解釈上の有用性があると主張している。これによれば、相手方Yが授權であることを知っている場合（明示の授權という）には、契約はAの名で結ばれたにもか

かわらず、その法律効果はXに帰属する（この場合、契約当事者は誰かという議論の立て方はしない）。しかし、相手方Yが授権であることを知らなかった場合（隠れた授権という）には、Aに法律効果が帰属する。ただ、この場合でも、物の売買契約などのように誰が契約の相手方であるかその個性が重要でない契約の場合には、Yが授権を知らなくてもXに法律効果が帰属するとされる。

（４） さらに、この場合が心裡留保（民九三条）になるという構成もある。ただ、これは、Aが代理人である場合に、Xが真意でないにもかかわらずAという表示をさせたという意味において、Xの心裡留保になるというものである。これによれば、契約は、原則としてA Y間で成立するが、YがXの真意につき悪意または過失で知らなかったときには、X Y間で成立するとされる。

（５） その他、虚偽表示という構成もありうるように思われる。すなわち、本当はXが自己の物の処分をAに依頼したにすぎないにもかかわらず、これをAの物のようにしてYに処分することを合意していることをもって、通謀虚偽表示ととらえるならば、Yとの間でなされた契約の帰趨については九四条が適用されることになる。そして、もしYがX A間の合意を知っている場合には、本来の依頼の関係をXはYに主張できるので、X Y間で契約が成立し、Yが善意である場合には、九四条二項により、Xは本来の依頼の関係をYに主張できず、A Y間で契約が成立するというように考えるのである（ただし、このような虚偽表示のとらえ方は従来一般的ではない）。

以上のように、XがAに代理権を付与したのでもなく、またAが勝手にXの物を処分したのでもなく、AがAという名でXの物をYに処分することについてXが了解を与えていた場合の法律構成は、必ずしも民法一〇〇条によるということで統一されているわけではないようである。冒頭の預金担保貸付・相殺の事例がこの場合に最も近いとすると、たとえ預金契約の特殊性を考慮しなくとも、契約成立の一般理論からすれば法律構成が明確だといえるわけではないように思われる。ただ、前述のいずれの構成によっても、結論はほぼ一致していることには注意を要する。すなわち、Aの名で締結される契約が名義に重要性のあるものであるかぎり、YにおいてAが受託者にすぎないことを知っている場合には、契約はX Y間で成立し（または法律効果がXに帰属し）、知らない場合にはA Y間で成立する（または法律効果がAに帰属する）ということである。

以上のような結論を預金契約にそのままあてはめた場合には、預金契約に関して判例のとり客観説による結論は、たしかにこれとは異なるようである。しかし、このことから直ちに判例理論の当否を決するわけにはいかない。次に、判例が客観説に併せて四七八条を利用しているという点に注目してみよう。

3—3 契約当事者の確定問題への民法四七八条の接近

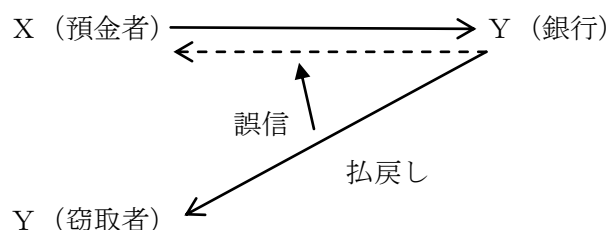
判例は、預金者の認定につき客観説をとりつつ、その後の展開につき四七八条を適用な

いし類推適用して銀行を免責していると理解されている。しかし、実は、判例理論には、認定については客観説、免責については四七八条というように問題を明確に二分できない要素が含まれているように思われる。Xが出捐した金銭をAがA名義でY銀行に預金した場合に、Xを預金者と認めつつ四七八条を利用することの意味を考えてみよう。

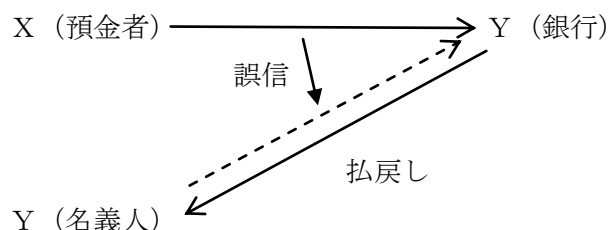
一 判例が四七八条を利用する意味

【図2】

預金通帳と印鑑を窃取した者への預金の払戻し



預金者の認定が問題になるケース



現在の一般的な理解によれば、四七八条が適用される典型的な事例は、たとえば、預金者Xの預金通帳と印鑑を窃取したAがY銀行で預金の払戻しを受けたといったものである。これと、ここで問題にしている預金者の認定がからむ事例とはどこが違うか。前者では、預金者（債権者）がXであることは、何ら問題がない。Y銀行（債務者）がAをXその人であると誤信したにすぎない。すなわち、ここでは四七八条は、預金者が誰であるかといった問題にはまったく関係しない（Aを預金者とするためにはたらくわけではない）。ところが、後者では、預金者（債権者）が誰であるかについて争いがあり、これについて判例はXが預金者であるとしつつ、「Aが預金者（債権者）であると誤信したY銀行（債務者）の信頼」を四七八条の利用によって救済し、預金者がAであるという取扱いを是認しているのである。これは、免責の場面でYを救済するという建前をとりつつ、実際には、預金者の認定に関する客観説の一律性・硬直性を四七八条によって修正していることにほかならない。言い方を換えれば、預金契約においては、契約名義を重視せず金銭を出捐したことに固執するという構えを見せつつ、実際には、契約名義に対する信頼を保護する仕組みをとっているのである。判例のとり客観説プラス四七八条という法律構成は、実は、ワン

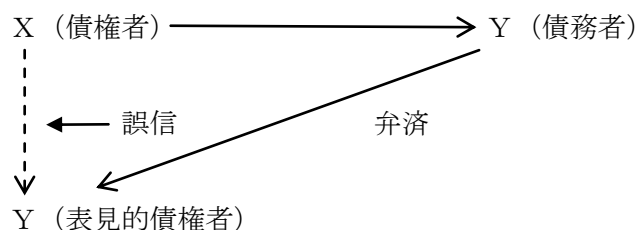
セットで預金者の「認定」に関する構成であったということが出来るのではなかろうか（【図2】）。このように、ここでの問題における判例による四七八条の利用は、従来の四七八条のイメージとはかなり隔たりがある。しかし、そのような利用は、ここで突然変異的に登場したというわけではなく、四七八条がもともとどのような場合を予定していたのかということ、および四七八条の解釈をめぐって判例・学説がどう発展してきたのかということと無縁ではない。

二 四七八条の沿革と準占有者

債権の準占有者とは、今日の解釈においては、債権者らしい外観を有する者であり、各種の証書（預金証書など）・印鑑の持参人がその典型的な例として掲げられている（債権者はXであるが、AがいかにもXらしくみえた場合）。しかし、沿革的に、たとえば債権者がXであることははっきりしていたが、その後、相続がなされた場合の表見相続人Aとか、無効な債権譲渡が行われた場合の債権譲受人Aなどが代表的な例とされていたようであり（Aこそがいかにも債権者であるようにみえた場合）、今日でもこれらの者が準占有者にあたることには異論がない。すなわち、今日の通説的な解釈では、準占有者とは広く債権者らしい外観を有する者と解されているために、これら二つの場合の区別はつけられていない。ここで問題にしている場合は、これら二つの場合とも異なり、債権者が誰かを債務者である銀行が最初から間違えている場合ではあるが、とにかく今、目の前にいる者が債務者らしくみえたという点ではこれらの場合と異なることはなく、むしろ債務者の誤信の種類という点からだけいえば、四七八条のもともとの場合に近いものだということもできる（Aこそが債権者だと間違えた）。そうすると、判例が四七八条を債権者らしくみえる者全般に対して適用できる規定であると理解して、客観説の修正に四七八条を用いたとしても、それは判例にとっては理由のないことではないという見方もできるであろう（【図3】）。

【図3】

沿革上 478 条の代表的なケース



三 四七八条の当事者確定問題への接近

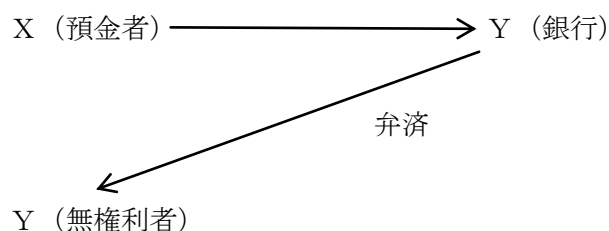
また、四七八条の今日の解釈の発展をみても、免責の問題と当事者の確定の問題との境界線があいまいになってきている場面がみられる。

(1) 新たな行為への四七八条の接近

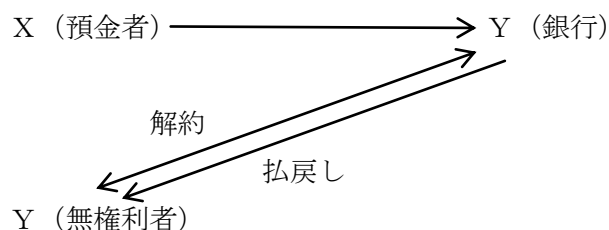
第一に、四七八条は、弁済に関する規定であり、すでに成立した法律関係上の債権の消滅に関するものであるにもかかわらず、最近では、預金契約に関して、厳密に言えば新たになされた法律行為の効力をも同条によって有効視する解釈がなされ、定着しており、こ

【図4】

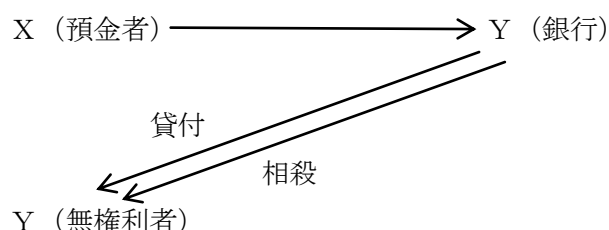
無権利者への払戻し



無権利者への期限前解約・払戻し



無権利者への預金担保貸付・相殺



それが預金担保貸付・相殺に同条を類推適用する前座の役割を果たしている場合がある。それは、定期預金の期限前払戻しに対する四七八条の適用である。たとえば、Xの定期預金についてXになりすましたAがY銀行におもむき、預金を解約して払戻しを受けたとする。この場合の預金の解約は、銀行との合意解約であるから、厳密には弁済とは別の法律行為である。しかし判例は、弁済の具体的内容が契約成立時にすでに合意によって確定されているという理由で、期限前の解約・払戻しが四七八条の弁済にあたるとしている（最判昭和四一年一〇月四日民集二〇巻八号一五六五頁）。そして、このことを前提に、預金担保貸付・相殺が実質的には期限前の払戻しと同視できるとして、四七八条を類推適用しているのである（前掲、最判昭和四八年三月二七日）。これは、実体からみればそのとおりかもしれないが、ここでの関心に即していえば、既存のXY間の関係とは別にAが行った行為（解

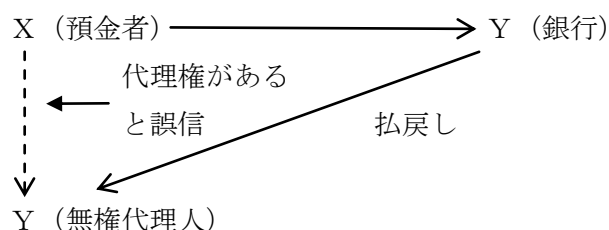
約・貸付)であるにもかかわらず、それがX Y間でなされたものと扱っていることになる(【図4】)。

(2) 表見代理への四七八条の接近

第二に、四七八条と表見代理の適用領域が判例・学説上接近してきているという傾向をあげることができる。すなわち、少なくとも民法の規定の上では、表見代理は、無権代理人が法律行為をした場合でも、これを本人との間で有効に成立した法律行為として扱うも

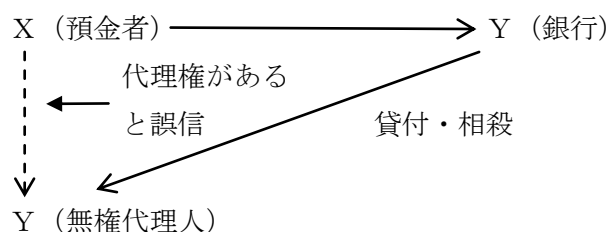
【図5】

ア 詐称代理人への預金の払戻し



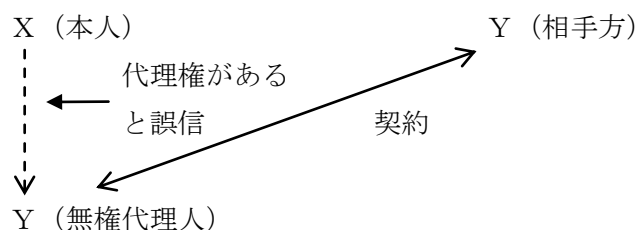
【478条適用：有効な払戻しとする】

イ 詐称代理人への預金担保貸付・相殺



【478条類推適用：有効な貸付・相殺とする】

ウ 詐称代理人との法律行為



【表見代理：有効な契約とする】

のであって、法律行為の当事者が誰か(債権義務の帰属者は誰か)ということに関係する制度である(【図5】ウ)のに対して、四七八条は、すでにある当事者間で成立している法律行為に基づいてなされた弁済を有効とするものであって、その適用領域はまったく異なっているように見える。しかし、四七八条における重要な論点のひとつに、詐称代理人が

同条の準占有者にあたるかという議論がある。たとえば、Aが債権者X自身であると名乗らず、Xの代理人であると詐称して債務者Yから弁済を受けたという場合がこれにあたる。代理の問題は代理の規定で処理すべきであると考え、この場合は表見代理の適用があるかという問題としてとらえるべきであるということになるが(少数説)、判例・通説は、そのような解釈をとらず、AがたまたまX本人であると名乗ったか、Xの代理人であると名乗ったかでYの保護を異にするのは妥当でないとして、詐称代理人も準占有者にあたると解している(最判昭和三十七年八月二日民集一六卷九号一八〇九頁)。AがXの代理人として無権代理で契約締結などの法律行為をした場合には、当然のことながら表見代理の問題となるので、弁済の場合にだけ四七八条を適用すると、Yにとっては、本人Xの帰責事由があるか否かを顧慮することなく保護される分だけ有利になるが(無過失については、四七八条においてもこれを要求するのが判例・通説〔注記 現在は明文化〕)、弁済は義務の履行であることなどからそれでよいと解されている(【図5】ア)。さらに、判例は、預金担保貸付の場面でも、たとえば、Xの預金につきAがXになりすましてY銀行から預金担保貸付を受けた事案においてYの預金担保貸付・相殺に四七八条を類推適用する(最判昭和五九年二月二三日民集三八卷三号四四五頁)のをさらに発展させ、AがXの詐称代理人としてYから預金担保貸付を受けたというような事案においても四七八条を類推適用するに至っている(最判平成六年六月七日金法一四二二号三二頁)。この場合の四七八条の利用は、詐称代理人に対する貸付行為を預金者Xに対してなされたものとしてXの預金と貸付債権との相殺を認めるものであるから、厳密には、貸付行為という新たな法律行為を四七八条によって処理していることになる(【図5】イ。最判平成九年四月二四日民集五一卷四号一九九一頁は、生命保険の契約者貸付の事例ではあるが、詐称代理人に対する「貸付」に対して四七八条が類推適用されることを明言した。ただし、判例に賛成する学説によれば、預金担保貸付は、いわば相殺を予定した貸付なのであって、実体としては、貸付と相殺に分離するものではなく、むしろ弁済にきわめて近いとされる)。

このように現在の四七八条における詐称代理人の扱いを前提に考えると、預金担保貸付・相殺の問題において四七八条によるか表見代理によるかは、まさに紙一重の差であって、四七八条と表見代理とがかぎりなく接近している場面であるということができよう。

以上のように、四七八条は、もともと当事者が誰かということに関係する側面を有しており、また今日の解釈も当事者確定問題への四七八条の接近を是認してきていることがわかるであろう。かくして、預金担保貸付・相殺の問題において、判例のように客観説プラス四七八条類推適用という法律構成をとって「免責」の段階で問題进行处理するか、主観説や折衷説のように理解して「当事者の認定」の段階で処理するかは、契約成立の一般理論に忠実に従うか否かというような絶対的な対立というより、むしろ、ゴールとしては同様の地点を念頭に置きつつ、金銭を出捐したという実質からスタートするか、契約名義という形式からスタートするかという法律構成上の出発点の違いにすぎなくなっているように思われる。

3—4 預金契約と当事者確定の必要性の有無

以上のようにみてくると、今日では、四七八条は、たしかに契約当事者の確定問題や表見代理に接近して機能しており、その結果、それぞれの適用場面の境界があいまいになっているといえる。当事者の確定問題・表見代理への四七八条の浸食といってもよい。このような四七八条の適用領域拡大の原因は、預金契約にある。すなわち四七八条の適用領域は、判例上、預金契約に関係する場面で拡大してきた。預金契約において当事者確定がどうなるか、表見代理の適用があるのかといったことのあいまいさが、四七八条の台頭を許してきたのである。たしかに、四七八条を多用する判例理論には問題もある。たとえば、預金担保貸付において相殺がなされていないときにまで四七八条を類推適用できるのかとか（前掲、最判平成九年四月二四日は、生命保険の契約者貸付につき、貸付行為そのものに四七八条が類推適用されることを認めた）、逆に銀行が預金を正式に質権にとった場合にはどのように法律構成するのかといった問題が出てくる。しかし、それでも四七八条の浸食を許してきたのは、このあいまいさのゆえである。かくして問題は最初に戻る。すなわち、預金契約において当事者が誰かを確定する必要があるのかを今一度考えてみよう。

預金契約には、契約の締結される段階では当事者が誰かがはっきりしなくとも、払戻しの段階でとにかく誰に払い戻せるかさえははっきりしていればよいという特殊な事情がある（預金でも当座預金の場合は事情が違ふ。当座の開設は、信用のある者にしか認められない）。払戻しの段階になって、要件を備えて請求する者こそが権利者であったのであり、また契約の当事者であったのだということにすれば足りる。すなわち、「払戻し」の場面ではじめて「当事者」に関心を抱くという取扱いがなされているのである。他方、銀行が貸付を行う場合には、貸付の時点で貸付先が誰であるかに関心を抱くのは当然であり、これを特定できるのが普通であるが、預金を担保とする担保貸付の場合には、「担保にとる」預金について当事者があやふやであることに変わりはない（総合口座貸越による預金担保貸付の場合には、貸付先までもが払戻しの場合の当事者のあやふやさに依拠している）。判例理論は、この払戻ししない担保にとる段階での「当事者」に対する関心を、貸付行為までも含めて四七八条に引きつけて処理しようとしており、判例に反対する学説は、逆に「払戻ししない担保にとる段階で」はじめて抱く関心を、預金契約成立の段階に遡って処理しようとしているのである。判例理論とそれに反対する見解とのいずれがピタリくるかというよりは、当事者の確定・表見代理・四七八条のいずれにもピタリこない問題だというのが率直なところであろう（私見としては、この預金契約の債権関係のあやふやさに対応しようとしてもどうしても無理が出るので、むしろその問題から離れて、金銭の物としての側面に着目し、他人の物〔金銭〕を貸付先のものだとして担保にとったという実体どおりに構成すればよいと考えているが、これには「占有するところ所有あり」という金銭所有

権特有の問題がからむので、ここではこれ以上述べない。第二章第二節1—3参照)。このような預金契約の特殊な事情のために、契約当事者の確定の一般理論や、表見代理・四七八条の適用領域の解釈全体までもが歪められてしまうとしたら、それが一番問題だろう。

4 表見代理と民法四七八条の機能的関係

4—1 はじめに

表見代理の各規定は、無権代理人が法律行為をした場合であっても、相手方が善意無過失ないしは正当理由があり、かつ、本人に帰責事由があるときは、当該行為を有効な代理行為として取り扱う制度である。これに対して、四七八条は、準占有者に対する弁済について規定しており、条文の文言によるかぎり、本人と称する者を典型とする準占有者が、債権の弁済を受けた場合であっても、弁済者が善意であるときには、弁済を有効なものとして取り扱う制度である（**注記** 平成一六年に無過失が明文化された）。すなわち、表見代理は、「代理人」「法律行為」「善意・無過失・帰責性」「法律行為の有効な成立」を特徴とするのに対して、四七八条は、「本人」「弁済」「善意」「免責」を特徴とする。このように、両制度は、少なくともその文言上は、適用領域をまったく異にしているように見える。

しかし、判例は、いくつかの判決を契機にして四七八条の適用領域、要件、効果を表見代理に接近させ、この両者の差異を実質上なくしつつあり、とくに昭和四〇年代以降になってその速度はさらに加速されているように思われる。また、学説でもこのような両者の同質化傾向に対応して、従来の古典的な理解とはかなり異なる条文の解釈がなされるようになってきている。これらの動向は、表見代理と四七八条との関係につき、最近の判例・学説の整理とそれをふまえてなされる新たな両者の関連づけを要請しているものといえる。そこで以下では、まず判例による四七八条と表見代理との同質化の過程とその意味を整理し(1)(4—2)、そのことを前提にして、最近の裁判例における四七八条と表見代理との機能分担の関係を明らかにし(4—3)、最後に、今後の四七八条と表見代理の機能分担の方向について考えてみることにしたい(4—4、4—5)。

4—2 判例による四七八条と表見代理の同質化

一 詐称代理人に関する議論——「本人」要件の緩和——

判例による両条の接近ないし同質化の発端となったのは、詐称代理人に対する弁済について四七八条の適用があるかという問題であった。大審院時代の判例は、同条にいう準占有者とは、自ら債権者であると称して債権を行使する者をいい、債権者の代理人と称する者を含まないとしていた（大判昭和一〇年八月八日民集一四卷一五四一頁〔年金証書と印章を窃取した者がこの印章を使用して受領委任状を偽造し、この委任状の交付を受けた者

が年金の支払いを受けたという事案])). しかし学説は、本人と称したか代理人と称したかで相手方の保護を異にすべきではないとの理由から、その多くが判例に反対した(2)。そして、戦後になると、最高裁は、学説の主張を受け入れて詐称代理人を準占有者に含めるに至り(最判昭和三七年八月二日民集一六卷九号一八〇九頁〔偽造された受領書により商品代金が詐称代理人に支払われた事例〕)、その後は一貫してこの立場を維持している(最判昭和四一年一〇月四日民集二〇卷八号一五六五頁〔定期預金証書と印章を持参して預金者の妻と称する者に対して定期預金の期限前払戻をした事例〕、最判昭和四二年一二月二日民集二一巻一〇号二六一三頁〔代表取締役の印を盗用して作成された払戻証書に基づき作成された払戻請求書によって詐称代理人に預金が払戻された事例〕)。現在の学説上も、通説は判例を支持している。少数説は、四七八条がフランス民法に倣ったものであり、もともと万人にとって債権者とみえるような者(たとえば表見相続人、債権譲渡無効の場合の債権譲受人など)に対する善意の弁済のみを救済するという限定的な範囲の問題を取り扱うものであったとして準占有者概念の拡張に反対し、詐称代理人の場合は、その者が債権者であると信じたことが問題なのではなく、その者の代理権に対する信頼が問題であるから表見代理(または四八〇条)で処理すべきだと主張しているが(3)、議論は平行線をたどっている。こうして、判例・通説によれば、四七八条の「準占有者」は、債権者本人と詐称した場合だけに限られず、詐称代理人を含み、広く「債権行使の権限があるようにみえる者」というように拡大されており(4)、表見代理への接近がみられる。

二 無過失に関する議論——「善意」要件の厳格化——

平成一六年の民法の現代語化までは、四七八条の文言上、弁済者に無過失は要求されていなかった。戦前の判例は、これをそのまま解して無過失は不要としていたが(大判大正五年五月一日民録二二輯九五三頁)、戦後になって解釈上これを要求するに至った(前掲、最判昭和三七七年八月二日)。この問題は一の問題につき、戦前の判例に学説が反対して詐称代理人を準占有者に含めるべきと主張した際に、あわせて主張していたところであった(5)。判例・通説は、準占有者の範囲を拡大する一方で、免責要件でしぼりをかけることによりバランスをとろうとしているわけである(6)。したがって、一において判例・通説に反対して詐称代理人は準占有者に含まれないとする学説は、この問題に関しても反対し、善意のみで足りると主張していたが、議論は平行線であった(7)。最近の詐称代理人に関する裁判例でも、この無過失の存否は、ちょうど表見代理における正当理由の存否や善意無過失の判断のように、当該弁済行為を有効とするか否かの決定的基準として機能しており、過失があったとして弁済が無効とされる事例も実際に少なくない(免責約款などについてではなく、あきらかに四七八条について論じているものに限っても、東京地判昭和五九年五月二九日判タ五四〇号二四四頁〔国税還付金を債権者の妻に支払った事例〕、鹿児島地判昭和六三年九月一六日判タ六九五号二二四頁〔不動産の代金を仲介業者に支払った事例〕、京都地判平成元年九月二九日判タ七一九号一七三頁〔預金を他人に支払った事例〕などが

ある)。こうして、判例・通説では四七八条において無過失を要求することが定着し、そしてそれは一のように詐称代理人を同条に含める解釈と連動しているのである。

三 定期預金の期限前解約・預金担保貸付に関する議論——「弁済」要件の緩和——

四七八条は弁済に関する規定である。しかし、判例は、「類推適用」という手法を用いることによって、この要件を実質的に緩和している。すなわち、判例は、まず、定期預金が期限前解約されて元金が支払われたという事案で、期限前解約・弁済は厳密に言えば、合意による解約という弁済とは別の新たな行為を含んでいるにもかかわらず、「弁済の具体的内容が契約成立時にすでに合意により確定されている」との理由から、これを同条にいう弁済にあたるとした（前掲、最判昭和四一年一〇月四日。詐称代理人の事案でもある）。そして、他人の預金について定期預金担保がなされ、それに続いて貸金と預金との間で相殺がなされたという事案について、この相殺は実質的には定期預金の期限前払戻と同視できるとして、四七八条を類推適用するに至ったのである（最判昭和四八年三月二七日民集二七卷二号三七六頁）。そして、学説も多数はこのような判例による四七八条の類推適用を支持してきた(8)。事案の解決という点においては、期限前解約や預金担保貸付といった取引が経済的には預金の払戻しとほぼ同様の感覚で行われているとすれば、これを弁済に近いものとして扱うことが妥当であったのかもしれない。しかし、法的には、弁済という枠を越えて、新たな別の行為（解約、担保貸付）に対して四七八条を用いたということになる（東京地判昭和六二年一〇月二六日判タ六七二号一七四頁は、生命保険担保の貸付で相殺がなされていない事案であったが、四七八条が類推適用された。同旨、東京高判平成五年七月二〇日金判九三八号三七頁（ただし傍論））。善意無過失の判断基準時もまた、このような貸付行為と弁済の同一視（すなわち預金担保貸付全体の保護）を背景に、相殺時ではなく、貸付時で足りると解されるに至っている（最判昭和五九年二月二三日民集三八卷三号四四五頁）。その後判例は、総合口座貸越による預金担保貸付・相殺の事案では、金融機関の善意無過失の程度を普通預金の払戻しと同程度で足りるとしている（最判昭和六三年一〇月一三日判時一二九五号五七頁）。また、近年、詐称代理人で預金担保貸付という事案においても四七八条を類推適用するに至っている（最判平成六年六月七日金法一四二二号三二頁。前掲の最判昭和六三年一〇月一三日も、事案としては、女性名義の定期預金につき夫と称する男性が預金担保貸付を受けたという事案であった）。これは、一～三の問題についての判例理論の結合の結果にほかならない。

四 「帰責事由」の欠落と「総合判断」によるカバー

以上のような判例による両制度の同質化の進展に伴い問題になってきたのが、四七八条においても真の債権者に帰責事由があることを要件とすべきかという問題である。詐称代理人にも四七八条を適用し、また四七八条においても弁済者に無過失を要求する解釈が一般化して、四七八条は表見代理に接近したが、他方では、表見代理における本人の帰責事

由という要件は、四七八条では課せられないままであったからである。制度のバランスという観点からすると、四七八条において帰責事由を要求しないままその適用領域を拡大させていくなれば、もし代理によれば本人に帰責性がなく「無権代理」となり、しかも本人の追認がないために、当該行為が無効とされる場合でも、四七八条によれば、当該行為の有効性を認めてしまう結果になる。この点、学説では、以前から四七八条を権利外觀法理の下で表見代理などと統一的に理解すべきとする立場があり(9)、これによれば、四七八条でも債権者の帰責事由を要求すべきであると主張する(10)。判例・多数説は、これを受け入れてはいないが、善意無過失の判断において実質的に債権者側の帰責事由を考慮できると解することによって(11)、実際上の差異はさほど大きくないというのが一般的にとらえ方のようである(ただし、東京高判平成三年三月二〇日判時一三八八号五〇頁は、預金者の認定が問題となる事案でなされた無権利者への便宜払いについて、四七八条だけでなく九四条二項に併せ言及しているが、結果的にはこれを有効と認めている)。このような判例・多数説の対応からすれば、法律構成という点はともかく、具体的な事案の解決という点では、たとえ四七八条において債権者の帰責事由を要求しなくとも、結果においては表見代理の場合とさほどの差異は生じないことになろう。

五 預金者の認定問題における四七八条の機能——「免責」と「契約当事者の確定」との接近——

前述の三の議論は、四七八条を契約当事者の確定に関する問題に利用する議論と密接に関連している。すなわち、四七八条は、すでに債権が存在していることを前提に、債権者以外の者へ弁済がなされた場合の弁済者の免責について規定しているが、判例は、これを預金者の認定という問題において、表見代理のように誰と誰との間で契約が成立しているかという契約当事者の確定のためにも利用している。預金が他人名義(ないし架空名義など)で行われた場合、預金者は誰かという問題において、判例は、周知のようにいわゆる客観説(出捐者説)を採り、原則として自らの出捐によって、自らの預金とする意思で、自らまたは使者・代理人を通じて預金契約をした者が預金者であるとしている(前掲、最判昭和四八年三月二七日、最判昭和五二年八月九日民集三一卷四号七四二頁、最判昭和五三年五月一日判時八九三号三一頁など)。このように客観説に立つと、預金の名義を信頼してその者に預金の払戻しや預金担保貸付・相殺をした金融機関の保護をどうはかるかが問題となるが、判例は、ここで四七八条を利用している(12)(弁済については四七八条の適用、預金担保貸付については前述の三のように四七八条の類推適用)。これに対しては、客観説は契約成立の一般理論に反するとの批判があるが、判例理論は、客観説だけを議論の対象とすべきではなく、客観説とその後の四七八条の適用・類推適用をワン・セットとしてとらえられるべきものであると思われる。というのは、判例は、出捐者が預金者であるという建前はとるが、その後の展開に四七八条を利用して、「預金名義人が預金者である」と誤信して名義人に預金担保貸付をした金融機関を保護するので、これは、結果的には、金

融機関の善意無過失を要件として、名義人が預金契約の当事者であるという取り扱いを是認することになっているからである。すなわち、判例は、客観説の一律性・硬直性を四七八条を利用することによって実質的に修正しているといえる(13)。現在の四七八条における通説的見解によれば、預金通帳と印鑑を持参したような者が債権の準占有者の典型と解されているので（債権者は誰であるかがわかっているが、持参人がその人であると誤信した場合）（大判昭和二年六月一二日民集六卷四〇八頁〔偽造領収書の持参人〕、前掲最判昭和四二年一二月二一日〔窃取された預金通帳と印鑑の持参人〕）、前述のような判例による四七八条の利用（誰が債権者かを間違えた場合）は、免責に関する規定を契約当事者の確定問題に逸脱して利用するもののようにもみえる。しかし、沿革的には、四七八条は、前述のように、表見相続人や債権譲渡無効の場合の債権譲受人などが代表的な例とされていた(14)（特殊な事情のために、誰が債権者かを誤信してしまった場合）。通説的見解では、これら二つの場合は区別されていないが、弁済者の誤信の種類という点からいえば、預金者の認定が問題となる事案のほうが沿革に近い場合であるともいえる。学説のなかには、預金者の認定については客観説によりつつ、四七八条の利用については反対して、表見代理の類推適用、九四条二項の類推適用などを主張する見解があるが、これらの主張には、前述のような債権者の帰責性を要件とすべきとの主張のほかに、この問題が当事者の確定問題であるとの主張も含まれているように思われる(15)。しかし、判例の関心もまた、このような主張とさほど隔たりのあるものではないのではなかろうか。前掲の東京高判平成三年三月二〇日は、預金者の認定と無権利者への便宜払いが問題となった事案で、客観説を採りつつ、便宜払いについて「民法四七八条及び同法九四条二項の規定により」有効であることを認めた。便宜払いが免責の問題なのか、契約当事者の確定の問題なのかという点で区別すると、この判決が四七八条と九四条二項を併記したことは一見奇妙にもみえるが、四七八条が当事者確定問題にも関係する規定であるとすれば、このような構成もあながち不当ではなく、四七八条にない帰責性という要件を加味しようとした試みと評価することもできよう(16)。このように、もともと四七八条には、契約当事者の確定に関わる要素が含まれているのであり、そのことが最近の預金者の認定問題を伴う金融機関の免責問題において四七八条が利用されることによって再度明らかとなったといえ、この点で、本人・相手方間に契約は成立するかというかたちで契約当事者の確定問題を本質的に含んでいる表見代理と問題が隣接して認識される状況が生まれているのである。

4-3 最近の裁判例における四七八条と表見代理の機能分担

以上のような四七八条に関するこれまでの解釈の集積を前提に、最近の裁判例は、さらに進んで、両条の関係を性質の異なる問題に各々対応する対立ないし峻別の関係としてではなく、「同種の問題群における事案のバリエーションに応えるための機能分担の関係」としてとらえているように思われる。以下では、これを四七八条と表見代理の双方から、①

詐称代理人か本人詐称か、②弁済か新規の法律行為かという二つの視点から検討することにする。

一 四七八条側の最近の裁判例

(1) 詐称代理人に対する弁済 4—2の一でみたように、詐称代理人が弁済を受けた事例について、最高裁は一貫して四七八条の適用を肯定している。しかし、実際の裁判の過程では、最近の下級審だけをみても、当事者は必ずしも四七八条のみではなく（もちろん四七八条を問題にした裁判例もある。4—2の二参照）、表見代理、約款、特別法（郵便貯金法二六条）などを併せ主張することが多く、裁判所の対応もまたこれに応じて柔軟なものになっている。たとえば、東京地判昭和四三年二月二三日判時五三〇号四六頁は、預金者の母に対して預金を払戻したという事案であるが、金融機関（複数）が四七八条のほかに表見代理、表見使者、郵便貯金法を主張したところ、判決では「いずれも払戻し金受領権限確認のための注意義務を尽したとはいえず、」過失があったとして、その抗弁を一括して否定した。札幌地判昭和五二年十一月一五日判時八八七号九九頁は、郵便局の定額貯金を貯金者の妻に払戻したという事案であるが、郵便局が使者であることおよび郵便貯金法を主張したところ、判決では郵便局に過失なしとしてこれが認められた。東京地判昭和五八年七月二八日判タ五一一号一四六頁は、女性名義の預金を男性に払戻したという事案であるが、（抗弁として何を主張したのかが不明であるが）判決では、委任状を徴する等代理権の有無や本人に照会する等の意思確認につとめるべきことを考慮すると、金融機関には過失があるとされた。大阪地判昭和六三年二月二四日判時一二八一号一一八頁は、郵便局の定額貯金を詐称代理人に払戻したという事案であるが、判決では、無権代理であり民法一〇九条の適用もないとしたうえで、郵便貯金法二六条につき判断し、郵便局には代理権を有すると信じたことにつき過失があるとされた。

これらの裁判例からすると、次のようなことがいえよう。すなわち、①詐称代理人には必ず四七八条を適用する、といった型通りの構成はとられておらず、表見代理や約款、特別法などが併せ問題とされている。②しかし、そのいずれによったかで裁判所は判断の仕方を大きく変えているとはいえない。③たとえば、四七八条を主張するならば弁済者は保護されるが、表見代理を主張するのならば保護されないといったことを論じた裁判例は、弁済の事例に限っては見当たらない。④結局、裁判所は詐称代理人で「弁済」の事例については、その法律構成の如何を問わず、弁済者の「善意無過失」のみを基準として判断をしているのではないか、ということである。このことを代理の側からみると、詐称代理人が「弁済」を受けた事例については、無権代理とも表見代理とも異なり、弁済者の「善意無過失」という要件でそれを「有効」とみるという処理がなされていることになり、「弁済」の特殊性に着目して一般の表見代理よりも緩和された要件が適用されていることになろう。また、問題を四七八条の側からみると、判例が詐称代理人に四七八条を適用することの実質的意味は、同条の本来の趣旨がどこにあるかということとは一応離れて、同

条を利用することによって、無権代理的处理と表見代理的处理との中間において、弁済の特殊性に着目した処理を行うという準則を示しているのとらえることができ、詐称代理人が準占有者といえるかということよりも、実は「弁済」であるということが重要であったのではないかということになる。

(2) 詐称代理人と預金担保貸付 預金担保貸付は、法的には弁済ではなく、新規の法律行為である。しかし、判例がこれに対しても四七八条を類推適用していることはすでに述べた。法的性質の違いにもかかわらず、経済的には預金担保貸付とその後の相殺が弁済に近いものとみられることを理由とする。しかもこのことは、問題の事案が債権者である預金者本人になりすました場合か詐称代理人の場合かで区別されていない。すなわち、詐称代理人が預金担保貸付を受けた事例でも四七八条が類推適用されているのである。このような判例の態度は、論理としては、詐称代理人への弁済に関する判例理論と預金担保貸付に関する判例理論との結合による複合的な類推適用であるが、それを実質的に支えているのは、当該預金担保貸付に対する金融機関保護の要件は、本人詐称か詐称代理人かにかかわらず、善意無過失のみでよいという具体的な利益状況の判断であろう。

前掲の最判昭和六三年一〇月一三日は、実は詐称代理人が預金担保貸付を受けたという事例である。これは、女性預金者の総合口座通帳と印鑑を持参した男性が女性の配偶者のように振る舞い、銀行総合口座取引における定期預金担保の当座貸越をし、その後銀行が相殺したという事案であったが、判決では、男性が貸出に関する権限を授与されていると銀行が誤信したことにつき四七八条を類推適用し、その注意義務の程度は「普通預金の払戻しにおける注意義務とおおむね同程度」とされた。ここでは、事案が本人詐称の事案ではなかったことが問題にされることなく、総合口座取引における預金担保貸付についてどの程度の注意義務を課すべきかのみが問題とされ、それに対して直截に四七八条が類推適用されているのである。すなわち、そのような実質判断こそがその論理を支えているのであって、形式的に詐称代理人に関する判例理論と預金担保貸付に関する判例理論を組み合わせた結果としてこのような結論を導いているだけではないのである。これとは逆に、東京地判昭和五九年一〇月二九日金法一一〇六号五三頁は、預金者夫婦の兄が預入手続きをした預金について、その兄が自己が代表者である会社の営業資金として、預金者を債務者および連帯保証人とする預金担保貸付を受け、その後相殺されたという事案であるが、判決は、表見代理のみを問題としつつ正当な理由があったものと認めた。本件では、四七八条はまったく問題にされていない。貸付が形式上は預金者個人に対するものであるが、実際には表見代理人の経営する会社の営業資金の貸付であって、通常の弁済と同視しうるような預金担保貸付と異なる要素があることに配慮したためとも思われるが、実際には、被告金融機関が抗弁として四七八条を主張せず、もっぱら表見代理によったためにこのような判決になったにすぎないとみてよいであろう。裁判所にとってみれば、判例理論によれば四七八条の類推適用となるべきところを当事者が表見代理に依拠してきたからといって、これを排斥するまでのことはなく、四七八条によるにせよ表見代理によるにせよ金融機関

の無過失を認めれば足りるとの判断があったものと思われる。

以上と異なり、詐称代理人で預金担保貸付という事案であっても、善意無過失という要件のみで事案を処理するのは不十分と考えたとみられる場合には、表見代理が問題とされている。たとえば、大阪高判平成二年六月一二日判時一三六九号一〇五頁は、前掲の最判平成六年六月七日の原審であるが、これは、預金者の娘が預金者の代理人と称して定期預金担保貸付を受け、その後差引計算および弁済充当されたという事案であった。判決は、差引計算および弁済充当の特約をしたうえで預金担保貸付をした場合には、「貸付とその担保預金の提供とを、全体として弁済行為の一態様と観念し」、四七八条を類推適用できるとした。しかし、さらに続けて民法一一〇条との関係をも論じ、もし貸付行為と担保提供行為とを別個の行為として取り上げ、貸付行為には四七八条の適用がなく、一一〇条等の表見代理の適用があるとしても、本件では、娘には一定の代理権があり、金融機関には娘が貸付を受ける代理権があると信ずるにつき正当の理由があるから、貸付も表見代理の法理によって有効であるとした。ここでは、法律構成は二段構えになっており、一応は四七八条のみによる構成をとりつつ、表見代理構成への配慮がなされているわけである。本判決に対しては、本件の預金担保貸付は、弁済のようにしてほぼ自動的になされる預金担保貸付（いわゆる相殺を予定した貸付）とは実体として異なっているものであったのではないかとの指摘があり(17)、これを併せ考えるときには、本件の預金担保貸付が弁済と新規行為との間にあって、弁済とほぼ同視しうる預金担保貸付よりもやや新規の法律行為に近いとの判断が裁判所にあり、そのために二段構えの法律構成への配慮があったとみるべきであろう。ただ、本件では、貸付の書類中に虚偽の記載があり、また本人の意思確認もなされていない。そうだとすると、具体的判断としては、本判決の正当理由の判断はかなり緩やかなものであったように思われるが、それはまた本判決が本件を完全に新規の法律行為の場合とはみていないことの証ともいえよう。これに対して、上告審である前掲の最判平成六年六月七日は、表見代理のみを適用すべきであるという上告理由をまったく顧みず、預金担保貸付であるというだけで、従来からの判例理論である四七八条の類推適用のみで機械的に処理した。しかし、実際には、本件のような場合には四七八条によるにせよ表見代理によるにせよ、金融機関に要求される注意義務の程度はほとんど違いがないとの指摘があり(18)、最高裁にもこのような判断が前提としてあったものと思われる。また、大阪高判昭和五六年一月三〇日判時一〇〇五号一二〇頁は、預金担保貸付に関わる事例であるが、弁済に近い行為か否かに注意して法律構成を区別している事例といえる。これは、弟の債務のために兄が定期預金を担保として差し入れ、毎月弟が分割返済をしていたが、その後、弟が兄の代理人と称して定期預金を解約し、自己の債務と合意相殺してしまったという事案である。判決は、弟には基本代理権があるとしたうえで、改印手続き、合意相殺につき金融機関に過失があり、弟に代理権があったと信ずるについて正当な理由がないとした。この場合は、定期預金担保といっても、預金者である兄自身の債務ではなく弟の債務の担保であって、弟が毎月分割返済をしていたのであり、預金の中途解約と相殺は貸付当初か

ら当然に予想されていたとはいえない場合である。期限前解約もまた四七八条にいう弁済にあたるという判例の理論を本件にそのままあてはめれば、本件もまた四七八条で処理できた事案であったかもしれない。それにもかかわらず、判決が表見代理構成によったのは、ひとつには、このように当初の預金担保貸付とその後の弟の行為とが弁済と同視できるほどの一連の連続した行為態様とみることに躊躇を感じたからではなかろうか。さらに、東京地判昭和六三年三月三〇日金法一二一五号三四頁は、預金者の妻が自己の借入金のために夫の定期預金を無断で担保に差し入れ、その後、夫の代理人として妻の借入に夫が連帯保証するという連帯保証契約および夫の不動産に対する根抵当権設定契約を締結して新たに借入をし、それで以前の借入金を返済した後、定期預金の弁済を受けたという事案である。判決は、連帯保証と根抵当については表見代理を問題にして、金融機関には代理権があると信ずべき正当な理由がなかったとし、定期預金の払戻しについては請求の正当性について調査確認を怠ったとして免責を認めなかった（四七八条によるのか免責約款によるのかは不明である）。ここでの妻の行動は、すべて自己の借入の返済のための行動として関連性を有する。しかし、連帯保証や根抵当権の設定がすべて最初の行為からの一連の行為と法的に評価することは無理であろう。判決もまた、この点に配慮して別個の法律構成をとったものとみることができよう。

このようにみてくると、(1) の場合をも含めて、詐称代理人の問題は、実際の裁判例においては、表見代理か四七八条かという理論上の二者択一の問題というよりも、むしろ、詐称代理人が行う行為につき弁済と新規の法律行為とを両極とする座標軸をとり、その座標軸上で具体的に詐称代理人が行った行為の特性に応じて、善意無過失という要件のみで処理するか、またはそれ以外の点にも配慮してそれ以外の要件を付加するかという問題として取り扱われているとみることができるのではなかろうか。

二 表見代理側の最近の裁判例

表見代理の側では、行為者が詐称代理人であったのか（権限踰越の場合を含む）または本人を詐称したのかという問題はどのように扱われてきたのであろうか。これまで、四七八条における議論の展開と対比してこの問題が論じられることはほとんどなかったように思われる。

(1) 詐称代理人と新規の法律行為 詐称代理人が新たな法律行為をした場合には、たとえ金融取引であるからといって問題が四七八条によって処理されているわけではない。ここでは、四七八条の拡大傾向にもかかわらず、なお本人に帰責性があることを要求する表見代理による構成が維持されているのである。前述のように、判例は預金担保貸付につき四七八条を類推適用するが、それは、判例が当該事案を善意無過失という要件の下で解決するのが妥当という意味で当該預金担保貸付を弁済に近いものと考えている場合にほかならない。それ以外では、最近の事例で、詐称代理人が金融取引において貸付契約ないしそれに付随する契約を締結したものに限ってみても、次のような裁判例は、いずれもこれ

を表見代理の問題として処理している。東京地判昭和五八年七月二一日判タ五一号一四七頁（本人が交付した建物の権利証、実印、印鑑証明書を持参して、自己の債務の担保のために根抵当権、停止条件付貸借権を設定した。正当な理由なしとして一〇九、一一〇条の適用が否定された）、福岡高判昭和五八年一二月二七日判タ五二一号二〇六頁（本人が署名し実印が押捺された金銭借用証書と印鑑登録証明書を所持して、自己の債務の連帯保証契約を締結した。一一〇条が適用された）、東京地判昭和五九年三月一五日判時一一一四号四四頁（他人の債務担保のために抵当権を設定させるつもりで土地の登記済証、印鑑証明書、白紙委任状を交付したところ、本人の意図に反し、本人を債務者とする金銭消費貸借契約を締結し抵当権を設定した。一〇九条が適用された）、大阪地判昭和五九年四月二七日判時一一三四号一一七頁（妻の実印、印鑑証明書、権利証を冒用して、自己の債務のために妻の不動産を譲渡担保に供した。一一〇条が問題となったが、過失ありとして適用が否定された）、東京地判昭和五九年六月一二日判時一一四八号一二五頁（預金とその払戻しの権限を有する会社の経理部長が会社の債務として銀行から借入をし、その後銀行が預金と相殺した。一一〇条が適用された）、横浜地判昭和五九年九月二七日判タ五四二号二四四頁（会社の監査役が会社の代理人として信用金庫から借入をした。一一〇条が問題になったが、重大な過失ありとして適用が否定された）、大阪地判昭和五九年九月二八日判タ五四一号一七九頁（保証人となる趣旨で実印と印鑑登録証明書を交付したところ、借入契約を締結してしまった。一一〇条が問題となったが、正当な理由なしとして適用が否定された）、東京地判昭和六〇年八月二六日判時一一九六号一二二頁（本人の実印、権利証、印鑑証明書を所持して金銭消費貸借契約を締結し不動産につき譲渡担保、抵当権を設定した。一一〇条が問題となったが、正当な理由なしとして適用が否定された）、東京高判昭和六〇年一〇月二八日金判七三五号三二頁（夫の実印の押捺された契約書と印鑑証明書等を持参して連帯保証契約を締結した。一一〇条が問題となったが、正当な理由なしとして適用が否定された）、鹿児島地判昭和六〇年一〇月二九日判タ五九二号九五頁（融資斡旋を依頼して実印、印鑑証明書、権利証等を交付したところ、金銭消費貸借契約、停止条件付代物弁済契約等を締結した。一一〇条が問題となったが、正当な理由なしとして適用が否定された）、東京地判昭和六二年一二月二二日判時一二八六号九七頁およびその控訴審判決である東京高判昭和六三年八月三一日金法一二二六号二八頁（妻が相続登記のために夫に実印、印鑑証明書、登記済証を交付したところ、夫自身の債務の連帯保証契約を締結して根抵当権を設定した。一一〇条が問題となったが、正当な理由なしとして適用が否定された）。

（２） 本人詐称と新規の法律行為 本人であると詐称した場合で、かつ新規の法律行為がなされた場合を判例はどう処理しているのであろうか。この場合は、本人詐称か詐称代理人か、および弁済か新規の法律行為か、という四つの視点の組み合わせの中で、詐称代理人が弁済を受けた場合とちょうど対角線上にある場合となる。判例は、この問題を古くから表見代理の法理によって処理してきた。

たとえば、戦前の大判昭和八年八月七日民集一二巻二二七九頁は、事案を簡略化すれば、

土地の譲受人から実印と代金を預かって代金と引き換えに登記手続きをすることを委任された者が、本人のように装って譲渡人との間で、一定の条件の下で土地を無償で返還する特約を締結したという事案であったが、大審院は、本件では本人または代理人として行為できる地位が与えられており、「他人ニ対シ或行為ヲ本人トシテ為スヘキ権限ヲ与ヘタル者カ他人ノ本人トシテ為シタル越権行為ニ付キ其ノ責ヲ負フヘキコトハ他人ニ代理権ヲ与ヘタル者カ代理人ノ越権行為ニ付キ其ノ責ヲ負フ可キト其ノ理ヲ異ニセサル」ことであるから、「本人ノ名ニ於テ為シタル権限外ノ法律行為ニ付キ其ノ責ニ任セサル可カラサルハ当然ノ次第ナリト謂ハサルヲ得ス」とした。また、大判昭和一三年一二月一〇日判決全集五輯二四号三一頁も、担保権設定のために実印と権利証の交付を受けた者が、本人の名で権限外の連帯保証債務負担行為をした事案で、「第百九条第百十条所定ノ場合ニ於テ本人ニ責ヲ負ハシメタルト其ノ思想ノ根源ヲ一ニスルモノニシテ」「民法ノ精神解釈上正ニ是認セラルヘキ所」だとしている。

戦後においても、最判昭和三年九月一五日民集一八卷七号一四三五頁は、代理人が権限を踰越して署名代理で本人名義の約束手形を振り出したという事案で、一一〇条を類推適用した。また、最判昭和四四年一二月一九日民集二三卷一十二号二五三九頁も、融資の斡旋を依頼して消費貸借契約の締結と山林に担保権を設定する権限を付与したところ、代理人が直接本人の名で山林の売買契約を締結してしまったという事案で、「代理人が本人の名において権限外の行為をした場合において、相手方がその行為を本人自身の行為と信じたときは、代理人の代理権を信じたものではないが、その信頼が取引上保護に値する点においては、代理人の代理権限を信頼した場合と異なるところはないから、本人自身の行為であると信じたことについて正当な理由がある場合にかぎり、民法一一〇条の規定を類推適用して、本人がその責に任ずるものと解するのが相当である」とした。さらに、最判昭和五一年六月二五日民集三〇卷六号六六五頁は、代理人が本人から別の用件のために預かっていた実印を使用して連帯保証契約書に本人名義で記名捺印したという事案で、「代理人が本人から与えられた権限を越えていわゆる署名代理の方法により本人名義の契約書を作成したうえ、これを相手方に差し入れることにより本人のために契約を締結した場合であっても、相手方において右契約書の作成及び右契約の締結が本人の意思に基づくものであると信じたときは、代理人の代理権限を信じたものというには適切ではないが、その信頼が取引上保護に値する点においては代理人の代理権限を信じた場合と異なるところはないから、右のように信じたことについて正当な理由がある限り、民法一一〇条の規定を類推適用して、本人がその責めに任ずるものと解するのが相当である」とした。

その後の裁判例においても、このような考え方はそのまま踏襲されている。たとえば、東京高判昭和五二年八月三十一日判時八六八号三〇頁は、土地につき本人と称して抵当権を設定した事案である。判決は、代理する権限を有するものと信じたことはやむを得ないとして、代理であるかの表現をとっているが、この点につき、椿教授は、本人自身の行為だと信じたと端的に構成すべきであったとされる(19)。また、秋田地判昭和五八年一二月二六

日判時一一一九号一二七頁は、不動産を担保として金銭を借り入れる代理権を付与したところ、代理人が本人と称して第三者の債務につきこの不動産に根抵当権を設定してしまったという事案であるが、判決は、前掲の四四年最高裁判決を引用しつつ、一一〇条の類推適用があることを認めたが、本件では正当理由なしとした。なお、東京地判昭和六二年六年二九日判時一二七〇号九六頁は、代理人が他の者と共謀し、その者が本人を詐称した場合であるが（商品納入交渉の代理権を付与して白紙委任状を交付したところ、代理人が他の者と共謀し、その者が本人と称して金銭を借り受け、不動産に根抵当権を設定した）、前掲の四四年最高裁判決を引用しつつ、代理人が本人と称した場合と本件のような場合とで相手方の保護に差異を設けることに合理的な理由はないとして、一一〇条を類推適用した。学説においても、現在では判例のこのような処理に反対する見解は見当たらない(20)。

以上のような判例・学説の対応は、代理における顕名主義の理解に関して、本人の名でなされた代理につき代理行為の成立を認めている判例・通説を前提にしており(21)、その表見代理へのあてはめとして当然の帰結ではある。ただ、ここでの問題に即していえば、その意義は「代理人が本人の名で越権行為をした場合に本人の責任を認めるためには、相手方においてこれを本人自身の行為と信ずるにつき正当の理由があることを要し、それで足りるという理論を打ち出したところにあり、印類の交付とか、本人の名をもってする行為の許容とかいう本人対代理人間の内部関係に存する特殊性には必ずしも拘着する必要はない」(22)という考え方をとっているところにあるであろう(23)。すなわち、判例上、四七八条が詐称代理人には適用されないという考え方が採られていた（前掲、大判昭和一〇年八月八日）時期以前からすでに、表見代理の側では、判例・学説上、新規の法律行為が本人詐称でなされたか代理人詐称かにこだわらず、相手方保護の要件がいかなるものであるべきかという点に着目した処理がなされていたのである(24)。しかも、この場合には、「本人対代理人間の内部関係に存する特殊性には必ずしも拘着する必要はない」とされるように、相手方保護の要件は、その者が本人であると信じたか否かのみであって、一方では、行為者と行為名義との一致に対する注意義務は重くなるが、他方では、表見代理の場合のように、その者が代理人であると信じただけでなく、問題の行為が代理権の範囲内の行為であったと信じたか否かを問題とされることはないので、實際上、注意義務の内容が異なってくることに注意しなければならないであろう。

三 裁判例における表見代理と四七八条との機能的関係

これまでみてきた多くの裁判例で實際上どのような要素が事案の解決のために重要なポイントとされていたのかは、以下のようにまとめることができる。

①本人詐称で弁済を受けた場合、および②代理人詐称で弁済を受けた場合については、これまでの学説の議論にもかかわらず、多くの裁判例では、本人か詐称代理人かという「名義」の点は、今日ではもはや理論上も実際上も主たる争点となっておらず、裁判所は、むしろ「弁済」であるということを重視して、いずれの場合にも弁済者が弁済時に善意無

過失であったかのみを問題としているといえる。すなわち、弁済者保護の要件としては、両者の場合で違いはない。ただし、具体的には、代理人詐称の事案では、弁済者が本人に確認したか否かを善意無過失を判断する際の重要な事情の一つとしている裁判例が多く、この点で四七八条の適用が否定される場合があるように思われる。

③本人詐称で新たな法律行為をした場合、および④代理人詐称で新たな法律行為をした場合についても、裁判例では、相手方保護の要件に違いがあるようには思われない。すなわち、本人の帰責性および相手方の善意無過失が要件となっている（ただし、預金担保貸付の事案は、いずれの場合でも、金融機関には善意無過失のみが要求されている点で特殊である）。しかしまた、ここでも具体的には、本人詐称の事案では、相手方保護の要件がその者が本人であると信じたか否かのみになる結果として、代理人詐称の場合のように、その者が代理人であると信じただけでなく、問題の行為が代理権の範囲内の行為であったと信じたか否かを問題とされることはないので、この点で、行為者と行為名義との一致に対する注意を十分尽くしていれば、実際上は表見代理の規定の類推適用がより緩やかになるように思われる。

以上のような裁判例の動向からすると、判例は、表見代理と四七八条の関係について、「代理人詐称と本人詐称」「法律行為と弁済」「善意・無過失・帰責性と善意（・無過失）」「法律行為の有効な成立と免責」という条文上の要件・効果の違いにもかかわらず、実質的には両者を質的に異なるものとはとらえず、ともに、「本人による授權がないにもかかわらず、本人のために(25)（本人の計算での意）、他人によってなされた行為」の効果に関する規定として共通し、両者の違いは、具体的な事案における行為態様の違いに応じた保護要件の程度の違いであるにとらえているように思われる。個々の事案において設定される相手方保護の要件ないしは保護の可否の判断のために検討の対象とされる具体的な諸事情もまた、この両者の関係を段階的な程度の問題とみて設定され、対象とされており、新規の法律行為に近づけば近づくほど要件が高く設定されまたは諸事情の検討が詳細になっているのではないかと思われる。このような判例の実質論に対しては、規定の沿革等からする批判がありえようが、私見のように問題を機能的にみようとするときには、表見代理および四七八条の解釈についてどのような立場に立とうとも、結局のところは、各規定が相手方ないし弁済者保護のために課している要件をいかなる場合にどのように配分するかという問題に行き着かざるをえないように思われ、その点で判例の対応を評価できるように思われる。問題は、裁判例ではこのような実質論が必ずしも法律構成に反映されていない点にある。

4-4 判例による両制度の同質化に対する従来の学説の対応

一 両制度の関係について

以上のような判例の傾向に対して、学説は、従来、両制度の関係をどのように理解してきたのであろうか。

四七八条では、古くから、同条にいう準占有と民法二〇五条にいう準占有との関係をどう解するかにつき争いがあった。ここでは議論の詳細は省略するが(26)、大別すれば、両準占有を同一に理解する立場と、両者を峻別する立場とに分かれる。そして、この立場の違いは、具体的には、4—2の一の詐称代理人が四七八条にいう準占有者といえるかについての説明の仕方に反映される。すなわち、前者は、理論的には、自己のためにする意思を緩く理解し、結論的には、本人と称したか代理人と称したかで相手方の保護に差異を設けるのは妥当でないことを強調することによって、詐称代理人にも四七八条を適用する。4—2の二の無過失の問題に対しても、この立場は結論の具体的妥当性を強調して無過失を要求する。そして、これが現在の判例・多数説の立場であろうと思われる。しかし、表見代理との関係をどのように理解するかという点については、この立場ではそれを積極的に説明しなければならない理論的理由はないので、はっきりした説明はない。結局、この立場では、四七八条と表見代理とは、結果においてたまたま似たような機能を果たすことになっているとみるよりない。これに対して、後者の立場は、四七八条を二〇五条から切り離して、権利外観保護法理の現れと位置づけ、むしろ積極的に表見代理に接近させることにより、詐称代理人に四七八条を適用し、無過失を要件化する(27)。他方、判例による両制度の同質化を批判し、四七八条の限定的解釈を主張する少数説の立場では、両制度はまったく異なる趣旨の制度であって、具体的な問題場面の接近にもかかわらず、両者は理論的にも要件的にも峻別されると説くことになる。

以上の各立場についていえることは、今日では、いずれの立場も理論上は成り立ちうるものであって、いずれかのみが「正しい」とは言い難いということである。また、抽象的な四七八条の要件論のレベルにおいては、無過失や帰責性を要求するか否かをめぐって各立場で差異があるにもかかわらず、実際の運用においては、ほとんど差異がないともいわれている(28)。このような状況を反映して、学説のなかには、両制度の関係の問題を「対立利益の調節が問題の根本」にあるととらえることによって、より具体的・機能的に分析すべき方向を示唆するものがある(29)。さらに最近では、民法における取引安全保護のための諸制度の横断的検討の必要を説き、その共通の問題性、要件効果等における異同を検討する論考が現れている(30)。また、基本的には四七八条と表見代理とをともに権利外観保護法理として理解する立場に立ちながら、従来のその立場では取引安全保護という点だけが強調されてきた傾向があり、民法の善意者保護制度において対立利益が「いかに」調節されるかという検討が不十分であったとの認識から、表見代理と四七八条それぞれにおいて保護されるべき外観が何か、そしてそのときの要件が何かを相互に関連づけて考察する見解も現れている(31)。またさらには、四七八条の沿革から、判例による四七八条の適用・類推適用領域の拡大に反対しつつ、どうしても類推適用によるというのならば、真の権利者の帰責性を要件とすべきであるとして、具体的により妥当な結論を模索しようとする見解が示されている(32)。

これらのさらなる具体的展開は今後に委ねられているとはいえ、その指摘するところは

示唆的である。すなわち、これらの主張によるかぎり、学説においてもまた、今後両制度の関係の理解について必要となるのは、これまでのようなドグマティッシュな観点からの議論、すなわち、規定の沿革どおりに解するのが正しいのか、権利外観保護理論で理解するのが正しいのかといった、いずれが理論的に正当かという議論よりも、むしろ両者がともに似たような場면을解決するための制度であることを認識したうえで、両者の「妥当な」機能分担はどのようなものかを探るという視点ではなかろうか。今後は、判例の傾向を肯定する立場においてだけでなく、四七八条における少数説の立場においてもまた、実際の場面で両制度が機能分担しあっているという現状に対して、免責約款や四八〇条をも含めた明確な理論的基準、言い換えれば、各制度の適切な配列の基準を提供することが必要であろう。

二 保護要件の配分について

それでは、従来の学説は、具体的に、これまでの裁判例における実際の紛争処理のあり方に十分対応できる法律構成を提供できているのであろうか。四七八条と表見代理に関する判例および各学説の立場を、詐称代理人か本人詐称か、弁済か新規の法律行為かという二つの視点で整理し、さらにそれを相手方が保護されるための要件として何を要求するかという点から整理すると次の表のようになる。ただし、各説の立場は、論者によっては微妙に異なっている。たとえば、四七八条を権利外観保護法理のあらわれととらえることと、同条において帰責性を要求することとは、必ずしも直結して理解されてはいない。下森教授は、すでに義務づけられた者の保護の制度という点で他の権利外観保護制度と区別され帰責性を要求されず、結論的に判例・多数説によられる（4—2四参照）。逆に、多田教授は、両制度をともに権利外観保護法理のもとで理解されつつ、詐称代理人が弁済を受けた場合につき表見代理による処理を主張される(33)。これは条文の使い分けという点では、結果的に少数説と同様になる。したがって、表はあくまで各説の立場の違いをわかりやすく理解するための概略的なものである。

さて、以上のような学説がこれまでみてきた裁判例の動向にどれだけ対応できるかを考えるときには、以下のようなことがいえよう。まず、権利外観保護説および多田説は、本人詐称か代理人詐称か、および弁済か新規の法律行為かのいずれの場合をも区別することなく、帰責性と善意無過失を要求するので、これがいずれの場合も同一の内容・程度だとすれば、これまで述べてきたような裁判例における事案ごとの判断要素の違いに対応していないように思われる。少数説は、代理人詐称で弁済の場合に表見代理を適用すれば本人の帰責性を要求することになるが、これは、代理の問題は代理の規定で処理すべきであるということに理論的に固執し過ぎていることの結果であり、実際の裁判例では「弁済」という共通点が重要であることに対応していないように思われる。下森説は、本人詐称の場合と代理人詐称の場合との注意義務の差異に着目しており、弁済の事案に関するかぎり従来の学説の中では、実際の裁判例の動向に一番近いといえる。しかし、問題は、弁済の場

合だけでなく、新たな法律行為の場合をも含めて考えなければならず、この点でその発想を新たな法律行為の場合にも生かす必要があろう。

◆表 表見代理と四七八条の機能分担に関する判例・学説

	本人詐称 弁済	詐称代理人 弁済	本人詐称 法律行為	詐称代理人 法律行為
条文	四七八条			表見代理
	善意 (改正により善意無過失)			善意 無過失 帰責性
判例・多数説	四七八条	四七八条	表見代理	表見代理
	善意 無過失	善意 無過失	善意 無過失 帰責性	善意 無過失 帰責性
下森説	四七八条	四七八条類推		表見代理
	善意 無過失	善意 無過失 (左の場合より厳格)		善意 無過失 帰責性
権利外観保護法 理説	四七八条	四七八条	表見代理	表見代理
	善意 無過失 帰責性	善意 無過失 帰責性	善意 無過失 帰責性	善意 無過失 帰責性
多田説	四七八条	表見代理	表見代理	表見代理
	善意 無過失 帰責性	善意 無過失 帰責性	善意 無過失 帰責性	善意 無過失 帰責性
少数説	四七八条	表見代理 (または四八〇条)		表見代理
	善意	善意 無過失 帰責性		善意 無過失 帰責性
私見	四七八条	四八〇条類推	場合に応じて表見代理類推 または商法一四条類推	表見代理
	善意 無過失 (右の場合より緩やか)	善意 無過失	善意 無過失 (右の場合と違う内容) 帰責性	善意 無過失 帰責性

4—5 両制度の適正な機能分担に関する若干の私見

これまでの検討からあきらかなように、表見代理と四七八条の関係という問題は、機能的には、(1) 本人を詐称した者が弁済を受けた場合と、(4) 詐称代理人が新規の法律行為をした場合を両端に置きつつ、(2) 詐称代理人が弁済を受けた場合と、(3) 本人を詐称した者が新規の法律行為をした場合に、表見代理の要件と四七八条の要件との相関関係において、どの程度の要件を課すかという問題である。それは無過失および本人の帰責性をそれぞれどの場面で、かつどの程度要求するかの違いである。その際には、①本人詐称と代理人詐称とで相手方保護の要件に違いがあると考えべきか否かと、②弁済か新規法律行為かで相手方保護の要件に違いがあると考えべきか否か、の二点での比較があらかじめ必要である。

①については、従来、四七八条について、詐称代理人にもその適用があるかという点で議論がなされてきたが、それは、四七八条の要件として無過失を加えるべきことを主張しつつ、詐称代理人にも四七八条を適用しない理由はないという、詐称代理人へ同条の適用を拡大させるために主張された議論であった。しかしここでは、もっと単純に、弁済をする債務者または新規法律行為の相手方としては具体的に何ができるかということを考えてみたいと思う。ある者が本人であると詐称して行為する場合、債務者または相手方としてできるのは、その者が本人自身であるか否かの確認であり、それに尽きる。これに対して、詐称代理人の場合には、その者に代理権があるかどうかの確認をしなければならず、それはその者が誰々であるかということを明らかにするだけでは確認できない別の事情が加わる。後者の場合には、当該行為者自身が誰であるかの確認以外に、委任状の内容を確認したり本人に問い合わせをするなどして、その者の権限が正当なものであるか否かを確認するという、もうひとつ別の行為が必要になるわけである。したがって、債務者または相手方が保護されるためにはその者として「できるだけのことをした」ことが必要であるとするならば、その要件は、一般的には両者の場合で内容を異にするといってもよいであろう。すなわち、後者の場合には、債務者または相手方に代理権の確認義務という要件が加重されてよいのではなかろうか。

②については、従来から学説上言われているように、弁済のほうが新規の行為に比べて、すでに義務づけられている者はこれを拒否できないという意味において、保護を厚くすべき場合であるといってもよいであろう(34)。逆に言えば、新規の法律行為の場合には、相手方にこれをなすか否かの選択の自由がある以上、これにより被ることのある危険に対する負担の程度は重くてよいということになる。すなわち、弁済の場合には、弁済者としてなすべき注意さえしておけば、保護の要件としては十分としなければならないであろう。

以上のことを考慮しつつ前記の四つの場合の法律構成を考えるならば、私見は、以下のように保護要件において段階的な法律構成となる(表参照)。

(1) 本人を詐称した者が弁済を受けた場合 この場合に四七八条が適用されるのは

当然である。ただ、この場合に弁済者にできること、したがって弁済者に課せられるべき行為は、本人であることの確認に尽きるので、注意義務について詐称理人の場合と同様に考えることはできないというべきである。すなわち、詐称代理人が弁済を受けた場合の代理権の確認義務のような追跡調査義務は課す必要がない。判例・通説は、四七八条で弁済者に善意無過失を要求するが、このような観点からすれば、弁済者は四七八条の文言どおり善意のみで足りるとするか（少数説の立場）、または、善意無過失を要求されるが、その無過失は、本人確認を十分行ったかという範囲でのみ判断される程度の軽いものと解すべきであろう（なお、平成一六年の民法の現代語化に際し、現四七八条では無過失が明文化されている）。

（２）詐称代理人が弁済を受けた場合　　詐称代理人が弁済を受けた場合に弁済をした債務者が保護されるためには、債務者は代理権の確認をしなければならず、かつ、それで十分であることになるから、四七八条よりは債務者の注意義務が重い、債務者として十分な注意さえ尽くせば表見代理のように本人の帰責性までは要求されないという法律構成を探す必要がある。判例・多数説は、これを四七八条によって、四七八条に無過失という要件を加えつつ処理するわけであるが、このような構成は、詐称代理人の場合の保護要件加重のために、本来の条文の要件までを加重するものであって、賛成しがたい。私見の立場からは、代理権の有無（弁済の場合であるから弁済受領権限の有無）についての善意無過失を要求し、かつそのみで弁済者を保護するための制度として、四八〇条を利用すべきではないかと考える。四八〇条に関しても、四七八条の議論との関連で、その位置づけ、要件等について種々の議論があるが、それはすべて四七八条の適用領域の拡大傾向を反映した議論である(35)。そして、少数説では、従来から、四八〇条を沿革的に表見代理の系統に属する規定と位置づけ、この場合に四八〇条を類推適用する可能性が示されていた(36)。また、条文に掲げられた要件からする各規定の機能分担を考えるとときには、四八〇条は、条文上は受取証書の持参人に対する弁済という点で適用領域が限定されているという限界を越えても、弁済の特殊性に着目して、一方では表見代理よりも要件を緩和して帰責性を要求せず(37)、他方では四七八条よりも要件を厳格にして無過失を要求する（四八〇条にいう証書は真正なものに限るというのが通説であるので(38)、ここでいえば代理権が真正であることを確認しなければならない）ことを端的に示す条文として、詐称代理人の場合にもはば広く利用されるべきように思われる（すなわち四八〇条を類推適用する）。

（３）本人を詐称した者が新規の法律行為をした場合　　この場合には、①で述べたように、詐称代理人の場合と相手方が保護されるべき要件が異なるといえる。すなわち、表見代理の要件のうち、代理権の確認に関する要件は課さなくてよいということになる。この点では四七八条の場合に近いものとみてよい。しかし、②で述べたように、新規の法律行為である分だけ、弁済の場合よりも相手方保護の要件は厳しくてよいといえる。したがって、四七八条の要件よりも厳しく、自分としてできることさえしていれば保護されるとは限らない、ということもやむを得ないことになる。この場合には、「何故その者が本人

の名を詐称したのか」といった事情も併せ検討されるべきであろう。すなわち、この点では表見代理に近いものとみてよい。

そうすると、本人を詐称した者が新たな法律行為をした場合に相手方が保護されるための要件としては、本人だと称している以上、相手方にとっては、一方では、その者の権限を確認するといったことは問題にならないが、他方では、その者のその「名義」に対する信頼がより積極的に保護されるような事情が存在していなければならないことになり、それに見合う法律構成を模索する必要がある。しかし、この場合には、弁済の場合には見られない困難な問題が生ずる。というのは、弁済の場合には、本人詐称であろうとも詐称代理人であろうとも、それらの者は本人の計算で弁済を受けることは明らかであるのに対して、新たな法律行為を本人詐称で行った場合には、その法律行為の効果を本人に帰属させようとしたのか、または自己のためにしたのかが判然としないからである（詐称代理人の場合ならば、その法律効果を本人に帰属させるつもりであることは明らかである）。判例・通説は、この問題を表見代理規定の類推適用によって処理しているわけであるが、それは、①代理権の確認は問題にならないにもかかわらずそれを問題にするという点、および②誰に法律効果を帰属させようとしたのかに応じた区別ができないという点で必ずしも実体に見合った法律構成とは言い難い。しかし、それに替わる法律構成ということになると、②の点では、場合に応じて表見代理に近い場合（本人のためにしたとみられるような場合）と、商法二三条の名板貸（注記 現商法一四条、会社法九条）に近い場合（名板貸のように本人は自己の名前の使用を許諾しているわけではないが、行為者が自己のためにしたとみられるような場合）とに分けることができようが、①の点で適切な条文がない。そこで、ここでは、場合に応じて表見代理または商法二三条（現商法一四条）を類推適用しつつ、無過失の点については、通常の場合とは異なる内容で運用すべきことを提案しておくにとどめたい(39)。

（４）詐称代理人が新たな法律行為をした場合 この場合には、表見代理の規定によって処理されることは当然である。相手方が保護されるためには、以上の四つの場合の中で一番重い要件、すなわち、代理権の確認を含む善意無過失と本人に帰責性があることが課せられる。

（５）なお、預金担保貸付については、判例は、四七八条を類推適用し、金融機関が保護されるためには貸付時に善意無過失であればよいという解釈を採っている。これは、すでに述べたように、判例が預金担保貸付という仕組み全体を「弁済」に近いものとみているからにはほかならない。そうだとすれば、ここで取り扱っているような、預金者本人の了解なく、本人または代理人と詐称した事案に関するかぎりでは、善意無過失のみで金融機関を保護するという具体的な基準設定は、妥当なものといえよう(40)。

しかし、四七八条によるというその法律構成については、預金担保貸付という取引が実際には金銭を担保に取ったということに着目した取引でありながら、法律構成上は預金債権と貸付債権の併存という制約のなかで行われる変則的な取引であり、弁済に近いという

よりは動産質権に類似した担保権の設定に近いのではないかと（とくに、相殺をしていない事案を念頭に置いてみればよい）という私見を従来より述べており、善意無過失の金融機関の保護は、質権類似の担保権の善意取得と構成すべきであると考えているので、ここでの議論からは除外しておきたい。ここで扱ったような、誰の名義で取引が行われたかが重要な取引と異なり、即時取得が問題となる場面では、行為者にその物の処分権があることへの信頼のみが問題であり、取引の名義に対する保護規定である表見代理や四七八条を持ち出す必要はないと考えるからである(41)。

以上のように解することによって、表見代理と四七八条とは「本人の授權なく、本人の計算で、他人によってなされた行為」に関する規定として、機能の点から統一的に理解することができるように思われる。

- (1) 四七八条の解釈の発展過程および各論点の詳細については、第二章第一節1、2参照。
- (2) 穂積重遠「判批」判民昭和一〇年度九七事件、末川博「判批」民商三卷三号五〇三頁、岡村玄治「判批」法学新報四六卷三号一一二頁など。ただ、近藤英吉「判批」論叢三四卷二号三四六頁のみは、表見代理によるべきとしていたが、理論構成は十分ではなかった。
- (3) 来栖三郎「債権の準占有と免責証券」民商三三卷四号四八二頁、三宅正男「判批」判例評論一四号一一頁、新関輝夫「預金証書の持参人に対する弁済と民法四七八条」『現代契約法大系5』（一九八四年、有斐閣）六四頁など。
- (4) 第二章第二節2—2参照。
- (5) 穂積・前掲注(2)三八九頁、末川・前掲注(2)五一〇頁、岡村・前掲注(2)一一二頁。
- (6) 第二章第一節2—1参照。詐称代理人の場合には一般の準占有者の場合よりもさらに注意義務を厳しくすべきであるとの主張もある。下森定「債権の準占有者に対する弁済」谷口知平＝加藤一郎編『新版民法演習3』（一九七九年、有斐閣）二二三頁など。
- (7) 三宅・前掲注(3)一一頁。ただし、高橋三知雄「債権の準占有者への弁済」『演習民法（債権）』（一九七二年、青林書院）一七〇頁は、詐称代理人を四七八条で処理することには反対するが、四七八条では無過失を要求する。
- (8) 四七八条の沿革からこれに反対するものとして、池田真朗『分析と展開民法Ⅱ』（一九八六年、弘文堂）九五頁、同「判批」判タ五九八号五五頁、同「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科編』（一九九〇年、慶應義塾大学）三一五頁。
- (9) 篠塚昭次＝柳田幸男「準占有と代理資格の詐称」判タ一三九号四頁、沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）八七頁。最近のものとして、多田利隆「詐称代理人に対する善意弁済保護の法律構成」中川淳先生還暦祝賀論集『民事責任の現代的課題』（一九八九年、世界思想社）四〇〇頁。

- (10) ただし、下森・前掲注(6)二二四頁は、四七八条がすでになされた取引により義務づけられた者の保護という点で他の外観保護の制度から区別されるとして、帰責事由を要求しない。
- (11) 平井宜雄『債権総論』(一九八五年、弘文堂)一四二頁、一四五頁、奥田昌道『債権総論(増補版)』(一九九二年、悠々社)五〇四頁。
- (12) 以上について、簡単には、中舎寛樹「民法四七八条の類推適用と注意義務の判断基準時」『民法判例百選Ⅱ(第四版)』(一九九六年、有斐閣)八四頁、同「預金担保貸付と民法四七条の類推適用」『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』(二〇〇九年、有斐閣)七七頁参照。
- (13) 第三章第二節3—3—1参照。
- (14) 池田・前掲注(8)「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」三一七頁、沢井・前掲注(9)七七頁。
- (15) 学説については、西尾信一「相殺に対する民法四七八条の類推適用」『民法の争点Ⅱ』(一九八五年、有斐閣)七四頁、吉田光碩「民法四七八条《債権準占有者への弁済》は、どこまで拡大ないし類推を許すべきか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望2』(一九九一年、日本評論社)二八七頁など参照。
- (16) 中舎寛樹「無権利者に対する便宜払いと金融機関の免責」金法一三三一号八頁参照。
- (17) 西尾信一「判批」判タ七三一号四五頁。
- (18) 半田吉信「自称代理人に対する預金担保貸付と民法四七八条の類推適用」金法一四二八号一四頁。
- (19) 椿寿夫「判批」判例評論二三四号二七頁。
- (20) 椿寿夫『注釈民法(4)』(一九六七年、有斐閣)一二八頁、同・前掲注(19)二五頁が詳しい。前掲の最判昭和五一年六月二五日は、今日では、安永正昭『民法の基本判例』(一九八六年、有斐閣)二七頁や、早川眞一郎「民法一一〇条の正当理由の判断」『民法判例百選Ⅰ(第四版)』(一九九六年、有斐閣)六八頁にみられるように、表見代理における正当理由の存否に関する代表的先例とすら位置づけられている。なお、川島武宜『民法総則』(一九六五年、有斐閣)三八三頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』(一九八四年、青林書院)三八四頁は、簡単に拡張適用と述べる。判例のように類推適用というか、これらの学説のように拡張適用というかという問題は残る。この点については、椿・前掲『注釈民法(4)』一二九頁、吉井直昭・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度(下)六三二頁参照。
- (21) たとえば、幾代・前掲注(20)三〇八頁。
- (22) 蕪山巖・最高裁判所判例解説民事篇昭和三九年度三三八頁。
- (23) 前掲の最判昭和五一年六月二五日の時期になると、解説や評釈でもこのような考え方が定着しており、この点を問題にするものはなくなっている。たとえば、星野英一「判批」法協九五巻二号四三九頁、友納治夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和五一年

度二二事件二六五頁。

- (24) 東京地判平成六年九月二〇日金法一四三一号四五頁は、会社経営者の実弟が銀行との間で会社および経営者の名義で準消費貸借契約および抵当権設定契約を締結したという事案である。経営者は、無断で締結されたものであり無効であると主張したが、判決では、会社経営へ実弟が従来から関与していたことなどを認定したうえ、契約は会社および経営者の意思に基づきなされたものであるとされた。認定の問題に属するものではあるが、相手方からみれば、表見代理などを問題にすることなく、直截に相手方が保護されるべき事情を取り上げて問題にしている点で参考になる。
- (25) 「本人による授權がないにもかかわらず、他人によってなされた行為」であっても、行為者の名義で（その者の計算で）なされた行為は、他人の権利の処分となり、民法五六〇条以下（および五五九条）の問題となる。ただし、動産については、民法一九二条の即時取得となることがあり、また、それ以外でも、本人と行為者との関係によっては、虚偽表示となりまたは虚偽表示類似の関係として九四条二項により処理されることがある。
- (26) 詳しくは、第二章第一節 1—1、1—2 参照。
- (27) 篠塚＝柳田・前掲注(9)六頁など。ただし、四七八条において本人の帰責性を要件とするかについては議論が分かれる。4—2 四参照。
- (28) 椿寿夫「判批」判例評論五六号二二頁、幾代通『民法研究ノート』（一九八六年、有斐閣）一八〇頁など。
- (29) 椿・前掲注(28)二二頁。
- (30) 安永正昭「民法における取引安全保護制度」法学教室一一二号五九頁、一一三号三四頁、一一四号四二頁。
- (31) 多田・前掲注(9)四一〇頁。
- (32) 池田・前掲注(8)「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」三四九頁。
- (33) 多田・前掲注(9)四二五頁。
- (34) 多田・前掲注(9)四一六頁は、債務者が義務づけられていることと善意弁済を強く保護する必要性とは直接結びつかないとされるが、問題は新規の法律行為の場合との相対的な比較ではないかと思われる。
- (35) 第二章第一節 1—2 参照。
- (36) 来栖三郎「判批」法協九四卷九号一二三八頁。その他、三宅・前掲注(3)一二頁参照。最近の見解として、関武志「判批」ジュリスト九九八号一二二頁（ただし、緩やかな帰責性を要件とされる）。
- (37) 四八〇条では、受領証書を持参して弁済を求める者がその受領証書を入手した経路はこれを問わないと解されている。我妻栄『新訂債権総論』（一九六四年、岩波書店）二八二頁。しかし、関・前掲注（36）一二二頁は、四七八条においても本人の帰責性を要件とすべきとの立場から、四八〇条でも（表見代理におけるよりは程度の低い）

帰責性を要件とすべきであるとされる。

(38) 第二章第一節 1—2 参照。ただし、偽造の場合でも表見代理の要件を充たす証書は真正なものとみるべきであると解されている。

(39) これらの類推適用が否定されたときには、本人のためにしたとみられるような場合ならば無権代理の規定の類推適用となり、行為者自らのためにしたとみられるような場合ならば単なる氏名冒用として無効となるかまたは単なる符牒であり行為者自身の取引として有効ということになろう。なお、前者の場合には、事務管理の要件を充たせば、管理者が本人の名でした事務管理行為となる。これにつき、判例は、その行為の効果は当然には本人に及ばないと解しており（最判昭和三十六年十一月三〇日民集一五卷一〇号二六二九頁）、通説もまた、事務管理は本人と管理者間の内部関係にとどまるから、たとえ事務管理が成立しても代理権が生ずるものではないと解しているが、管理者に代理権を認める説や一定の範囲で本人に効力が生ずるとする説などもある。詳しくは、三宅正男『注釈民法（18）』（一九七六年、有斐閣）三七〇頁以下、谷口知平「無効と不成立」『新民法演習1』（一九七〇年、有斐閣）二一八頁以下参照。事務管理の理解にかかわるので、ここではこれ以上立ち入らない。

(40) 判例は、預金者が誰であるかがはっきりしているのに預金者本人を詐称または預金者の代理人と詐称した場合だけでなく、預金者の認定が問題になる事案で出捐者ではなく預入行為者ないし預金名義人自身を預金者と信じさせた場合にも四七八条を類推適用している。しかし、後者の場合には、実際の事案をみると、行為者や名義人がそのような行動を取ることに付き出捐者本人が了解を与えているといえる場合が多く、判例理論ではこのような了解に対する法的評価が欠落してしまうので、妥当でない。第二章第二節 1—2、2—5 参照。

(41) 預金担保貸付では、ちょうど動産の善意取得の場合と同じように、金融機関は、担保として押さえた金銭が貸付をした者の金銭であるということこそを信託している。それゆえ、そもそも本人・代理人の区別、新規の法律行為・弁済の区別をすること自体が適当ではない（そうだからこそ、本人詐称の場合と代理人詐称の場合とで保護要件を区別しなくてもよいといえる）。このような取引の実体に即した解釈をすれば、金融機関が債務者であるその預金を同じ金融機関が担保に取っているという法律構成上の回りくどさを排し、金銭の処分権がない者により質権が設定されたととらえ、動産質権に類似した担保権を善意取得すると構成すべきである。したがってまた、出捐者がはじめから預金名義人ないし預入行為者に預金担保貸付がなされることを了解していたなど、金銭の処分権が付与されていたといえる場合には、金融機関の善意・悪意にかかわらず、金融機関は有効に担保権を取得すると考える。第二章第二節 1—3、2—5 参照。

第四章 表見法理の帰責構造と他人による行為

第一節 表見法理の帰責構造の多様性と共通性

1 民法九四条二項類推適用における帰責性

1-1 民法九四条二項における帰責の構造

民法九四条は、フランス民法一三一二条に倣ったボアソナード草案（一三八六条～一三八八条）とそれを受け継いだ旧民法証拠編の反対証書に関する規定（五〇条～五二条）に由来する(1)。同五〇条一項では、反対証書（*contre-lettre*：本証書の変更、滅却を目的とする秘密の証書）は、それを作成した当事者間でのみ効力を有すると規定され、同条二項では、反対証書は悪意の第三者には対抗できると規定されていた。二項の規定は、一項による反対証書の効力からして、その存在を知らない第三者に対抗できないのは証拠法上自明であることを確認したにすぎなかったのである。この場合、反対証書を作成した者が善意の第三者にそれを対抗できないという意味での帰責根拠は、反対証書を作成し、それを秘匿しているという点にある。第三者が保護されるのは秘匿された反対証書に対してであって、本証書は単にそのまま効力を有するにすぎない。

しかし、現行民法の起草にあたり、ドイツ民法に倣って法律行為、意思表示の諸規定を整備することとされ、これに伴って上記五〇条以下も証書の問題に限るのではなく意思表示一般の規定として、ドイツ民法一一七条に倣って通謀虚偽表示に関する規定として規定し直された(2)。ドイツ民法一一七条一項では、相手方の同意を得て仮装のためにした意思表示は無効であると規定されており、これは意思理論（*Willensdogma*）を基本とすることの当然の帰結であると解されている(3)。しかし、ドイツ民法には、わが国の民法九四条二項に相当する規定は存在しない。普通法時代には、虚偽表示は善意の第三者との関係では有効なものとして扱われるというのが学説および裁判実務の大勢であった(4)。しかし、ドイツ民法の制定時において、無効なものを善意の第三者との関係では有効とすることによって相対的な法律関係が生じるとすることは妥当でないなどの理由によって、一般的な第三者保護規定は設けず、第三者保護は、登記の公信力など特別規定によってはかることとされたのである(5)。

ところが、わが国の起草者は、民法九四条を意思表示一般の規定としての体裁に変更しても、内容的に旧民法を変更する意図ではなかったため(6)、旧民法証拠編五〇条二項が悪意の第三者には反対証書を対抗できるとしていたものをそのまま受け継ぎつつ、規定の仕方を一項に合わせて無効の側から規定することにして民法九四条二項が生まれたのである。このように、民法九四条は、一項がドイツ民法、二項がフランス民法に由来するという、極めてまれな構造を有する規定となり、起草者の無自覚的な規定の趣旨の変更によって、

民法九四条二項は、本来無効である意思表示について善意の第三者保護をはかるという特別の意味を有する規定となった。このような規定において、「通謀してなされた虚偽の意思表示」の意味を広く解釈すれば、第三者保護の範囲が拡大するのは当然の結果であり。ここに判例によって民法九四条二項類推適用が拡大してきたことの出発点がある。

民法九四条において、一項は意思理論からする当然の帰結を規定しただけであり、二項の存在こそが特徴的であるとすれば、その解釈としても、旧民法やフランス民法と同様に、当事者間における秘密の意思表示は善意の第三者に対抗できないという趣旨であると解することが考えられる。このように解すれば、同条において表意者が責任を負うのは、秘密の意思表示に対してであり、その責任根拠は意思表示を秘匿したことに求められ、二項が適用される場合には、善意の第三者との関係では、結果として外形上なされた意思表示がそのまま有効になるにすぎないと解することができる。しかし、現在の通説は、九四条において秘密の意思表示が存在することを前提としておらず、何らかの意思表示を秘匿していない場合でも虚偽表示となると解している（強制執行免脱のための不動産売買契約など）(7)。このような解釈を前提にする限りでは、表意者が善意の第三者に対して責任を負う根拠は、外形上の意思表示とは異なる別の意思表示を秘匿していることにではなく、外形上の虚偽の意思表示をしたことそれ自体に求めざるを得ない。

虚偽表示をしたことそれ自体に根拠を求めるといっても、「虚偽であることを知りつつ意思表示をし、そのことについて相手方と通謀していること」は、虚偽表示を心裡留保と区別し、当事者間における意思表示の無効を基礎づける根拠であり（ドイツ民法一一七条一項でも、このような説明により無効が基礎づけられている(8)）、二項の根拠とはいえない。無効な意思表示が何故善意の第三者に対しては対抗できないのかについては別途根拠づけが必要である。これにつきドイツで展開されている議論が参考になる。前述のように、ドイツ民法には九四条二項相当する規定はなく、特別規定およびその解釈によって限定的な保護がはかられているが、フルーメは、このような限定的保護ではなく、より一般的な第三者保護をはかるための独自の法律構成を試みている(9)。すなわち、虚偽表示により権利が他人に譲渡され、それが第三者へさらに譲渡された場合には、虚偽表示の当事者間では当該権利についての処分授權がなされており、第三者に対して心裡留保による意思表示がなされたことになる構成する。そしてこのような授權という構成は、代理について認容代理（*Duldungsvollmacht*）が認められるのと同様、認容授權（*Duldungsermächtigung*）として認められるべきであるというのである。また、カナリスは、フルーメのこのような心裡留保という構成は擬制的であると批判するが、認容代理についての考え方、一般的な権利外観保護法理、信義誠実の原則によって一般的な善意の第三者保護をはかることができるとする(10)。このような議論は、九四条二項のような規定が存在しないドイツ法の下での議論であるが、規定が存在しないためにかえって第三者保護を根拠づけるための精緻な理論構成といえ、九四条二項における帰責根拠の理解にとって参考になる。これを参考にすれば、わが国の民法九四条二項は、民法一〇九条の代理権授与表示による表見代理と共

通して、他人が第三者に対して真実でない意思表示をすることを認容していることを善意の第三者に対する帰責根拠とし、第三者に対してなされる表示につき、後者が代理権授与の表示をした場合を取り扱い、前者は非権利者が権利者である旨の表示をした場合を取り扱うものと解すべきことになろう。ただし、九四条二項の場合には、一〇九条のように実際には代理権を授与していない場合のみが問題になるのと異なり、権利者であるという表示からは非権利者名義で行為する権限を授与している場合と、授与していないがそのような行為がなされることを認容している場合とを区別できず、その両方の場合が含まれる。このような意味では、九四条二項の場合には、代理でいえば有権代理と一〇九条に相当する場合が含まれるといえるであろう。

以上のように、現在の通説による民法九四条の理解を前提にする限り、民法九四条二項における真の権利者の帰責根拠は、「他人が善意の第三者に対して権利者であるかの意思表示をし、そのことを真の権利者が認容している」ことに求められるといえることができる。

1-2 類推適用の各類型における帰責の構造

第二次大戦後、わが国の判例は、民法九四条二項の類推適用によって、無権利者から不動産を取得した者を保護してきた。今日では、民法九四条二項類推適用は、要件的には曖昧な部分を残しつつ、裁判上、あたかも一個の条文であるかのように定着しており、類推適用という解釈技術を利用して判例による新たな法形成が行われたともいえる状況を呈している。判例による民法九四条二項類推適用の展開過程については、すでに数多くの整理・分析が試みられ、今日では、大別して以下の類型があることが共通認識になっている(11)。

①外形自己作出型：真の権利者によって虚偽の登記名義が作出された場合。②外形他人作出型：他人によって虚偽の登記名義が作出され、真の権利者がこれを承認している場合。③意思外形非対応型：いったん虚偽表示によって虚偽の外形が作出され、その後それを超える虚偽の登記名義が作出された場合。以上の三類型に加えて、近年では、後述のように、他人によって虚偽の登記名義が作出され、真の権利者はその存在自体を知らないが、それが作出されることに原因を与えていた場合に対する類推適用が出現しており、本研究では、これを④外形与因型と分類することにする(12)。

それでは、判例により展開されてきた民法九四条二項類推適用における真の権利者の帰責根拠は、前述のような類推元の規定における帰責根拠とどのような関係にあるのであろうか。以下では、類型ごとに順次検討する。

① 外形自己作出型における帰責性

判例は、真の権利者（以下、Aと略称する）と登記名義人（以下、Bと略称する）との間に虚偽表示はないが、Aの意思に基づいてB名義の虚偽の登記が作出され、その後、Bからの第三者（以下、Cと略称する）にこの不動産が譲渡された場合について、民法九四

条二項を類推適用している。

この類型に属する初期の判例では、A B 間に通謀があるが、登記名義は当事者以外の第三者から B へ直接移転されたこと（最判昭和二九年八月二〇日民集八卷八号一五〇五頁、最判昭和三七年九月一四日民集一六卷九号一九三五頁）、または B の承諾を得て B 名義で登記されたこと（最判昭和四一年三月一八日民集二〇卷三号四五一頁、最判昭和四四年五月二七日民集二三卷六号九九八頁）のように、虚偽の登記名義作出について A B 間に通謀があるか、A の意思に基づきかつ B の承諾があることが必要であり、B の承諾すらない場合には類推適用することはできないと考えられていた(13)。

この場合に九四条二項が類推適用されるための要件は、「真の権利者と登記名義人の通謀」または「真の権利者の意思と登記名義人の承諾」および「虚偽の登記名義の作出」であり、本来的適用の要件と異ならない。ただこの類型では、通謀（ないし意思と承諾）の当事者と登記名義を移転する当事者がずれており、これが適用ではなく類推適用とされるにすぎない。これを帰責性の観点から見ても、前述のように、九四条二項における真の権利者の帰責根拠が「非権利者を権利者であるかの表示をし、そのことを認容していること」にあるとすれば、この類型における真の権利者の帰責の構造もまた、本来的適用の場合と同様であり、帰責根拠の点では類推適用に問題がないといえることができる。

しかし判例は、その後、A の意思に基づいて虚偽の登記名義が作出されていれば、A B 間に通謀がなく、または B の承諾がない場合であっても、A の意思によって虚偽の登記名義が作出されたという点において虚偽表示と同一であるとして、民法九四条二項の類推適用を認めるにいたった（最判昭和四五年七月二四日民集二四卷七号一一一六頁）。この判決では、「登記名義人の承諾の有無により、真実の所有者の意思に基づいて表示された所有権帰属の外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はない」として、第三者保護の均質性が強調され、九四条二項の本来的適用の場合における通謀要件への依存を脱却している。この点で、この場合への九四条二項類推適用は、類推適用という解釈手法を用いつつ、新たに法創造をしたものといえ、ここに外形自己作出型類推適用の類型が完成したといえる。

この場合における九四条二項類推適用の要件は、「意思」に基づく「虚偽の外形の作出」であり、九四条二項の本来的適用の場合とは異なっている。この点につき、上記の判例は、「真の権利者の意思によって虚偽の登記名義が作出されたという点において虚偽表示と同一である」とする。しかし意思表示の効力という観点からすると、これを「同一」と解することには疑問がある。虚偽表示と心裡留保とを区別する要素は、相手方との通謀であり、それによってはじめて意思表示の無効が基礎づけられる（ドイツでも、心裡留保との区別には相手方の認識が不可欠であるとされており、ラーレンツは、当事者が一致して同一の意味（虚偽であること）を共有していることが、表示の客観的意味に優先する根拠であると説明している(14)）。たしかに、判例は、この類型では、真の権利者と登記名義人との間に意思表示が存在しておらず、虚偽の外形だけが存在するととらえ、この意思表示不存在

の状態と虚偽表示無効とが類似していると解しているものと思われる。この場合の真の権利者の意思は、意思とはいっても、外形どおりの法律行為の効果の発生を意欲しておらず、外形に対する効果意思ではなく、外形を表示する意思（表示意思）だからである。しかし、民法では、効果意思がなく表示意思のみに基づく意思表示であっても有効であることが原則であり（民九三条本文）、これだけでは、外形は、虚偽とならず真の権利者の意思表示としてそのまま有効となるはずである（このような意思表示が無効となるのは、相手方が悪意ないし有過失であるか〔民九三条ただし書〕または相手方と通謀している〔民九四条一項〕場合である）。

このような疑問が生じる原因は、判例が真の権利者の意思による虚偽の登記名義の「作出」のみに固執し、虚偽表示においては、真の権利者と登記名義人とが「共通の認識」を有していることが前提となることを看過しているからにほかならない。善意の第三者保護は、このような共通の認識の存在を前提にしながら、真の権利者がそのような状態を「認容」していることを帰責根拠とするのである。このように考えると、真の権利者の意思は、作出された登記名義が真の権利者の意思に基づくことを示すだけであって、虚偽の登記名義に対する帰責根拠とはいえないように思われる。登記名義が虚偽であることを前提としたうえで真の権利者に責任を負わせるための根拠としては、少なくとも登記名義人において登記が虚偽であることについての認識があることが必要であるというべきであろう。ただし、この類型における紛争においては、このような認識は、まず真の所有者が第三者に対して所有権に基づく登記抹消請求をし、これに対して第三者が九四条二項類推適用の主張をする前に、登記名義人の登記がそもそも有効であるとの主張をした際に問題となるだけなので、九四条二項類推適用の要件としては表面化しないということになるだろう。

② 外形他人作出型における帰責性

判例は、AとBとの間に虚偽表示はなく、またAの意思に基づいてB名義の登記が作出されたのではないが、Aがこれを明示または黙示で事後的に承認しており、Bが第三者Cにこの不動産を譲渡した場合についても、民法九四条二項を類推適用している。

この類型に属する判例にも展開過程がある。初期の判例では、真の権利者が「外形の表示につき事前に承認を与えた場合と事後に承認を与えた場合とで、その外形に信頼した第三者の保護の程度に差等を設けるべき理由はない」（最判昭和四五年四月一六日民集二四卷四号二六六頁）として、少なくとも真の権利者の承認が必要であると解されていた。

しかし判例は、その後、他人によって作出された登記名義の存在を知りながら、それを放置していた場合にも、九四条二項類推適用を認めるようになった（最判昭和四五年九月二二日民集二四卷一〇号一四二四頁、最判昭和四五年十一月一九日民集二四卷一二号一九一六頁、最判昭和四八年六月二八日民集二七卷六号七二四頁、最判昭和六二年一月二〇日訟月三三卷九号二二三四頁）。これは、前述の最判昭和四五年四月一六日が、真の権利者の承認は事後でもよくまた黙示でもよいと判示していたことの応用にほかならないが、真の

権利者の意思的関与の点では、それがかなり低い程度の場合であってもかまわないことを示したことになる。このため、民法九四条二項類推適用は、現在ではこの類型に属する事例が中心となっている。

この類型における九四条二項類推適用の要件は、「他人により作出された虚偽の外形」に対する「承認」である。承認は、意思的な概念ではあるが、客観的な行為に対する評価的な要素を含む広い概念であるため、ここでは、真の権利者と登記名義人の通謀に基づくといってもよい程度に虚偽の外形に積極的な承認を与えている場合（虚偽の外形を利用している場合など）から、単にそれを放置しているにすぎず積極的な承認がない場合までが広く包含されうることになり、この類型の範囲は非常に広い。

通謀に基づくといってもよい程度に虚偽の外形に積極的な承認を与えている場合であれば、真の権利者の承認は、虚偽の外形に対する認識と認容を意味しており、九四条二項の本来的適用における真の権利者の帰責の構造と同様であるといつてよい。

しかし他方、虚偽の登記名義を放置した事例までもがこの類型に含まれるとして、承認を最も緩やかに解するときは、真の権利者の帰責根拠は、「虚偽の外形の存在を知っていること（悪意）」になるであろう。これは、九四条二項における真の権利者の帰責根拠が、他人が第三者に対して権利者であるかのように行為することを認容していることにあるということからすれば、真の権利者の帰責根拠として十分な要件であるということとはできない。それにもかかわらず類推適用を肯定するためには、真の権利者に認容に相当する帰責性があることを示す必要があるであろう。

その説明として、真の権利者は、真正な登記名義を回復することを懈怠しておりその責任を負うべきであるということが考えられる。これは、真の権利者に真正登記名義を回復すべき義務があることを前提とする。しかし、わが国の不動産物権変動法制上、登記は権利変動の成立要件ではなく、対抗要件にすぎないのであり、たとえ真正名義と異なる登記が存在しており、真の権利者がそのことを知っていても、これを回復すべき義務はない（物権変動の対抗上不利益を被ることがあるだけである）(15)。虚偽の外形の存在を知っていることを帰責の根拠とすることは、このような不動産法制の大前提を一部にせよ崩すものであり、一定の範囲で実質上不動産登記に公信力を認めることの根拠という解釈上の問題の範囲を超える問題である。

このように、この類型における真の権利者の帰責根拠としては、真の権利者が虚偽の外形の存在を知っていることだけでは十分ではなく、それを事後的にせよ認容していると評価できることが必要であるといふべきであり、そうだとすれば、この類型における類推適用の要件である「承認」は、そのような意味で厳格に認定されるべきである。

③ 意思外形非対応型における帰責性

判例は、AとBが通謀して虚偽の外形（典型的には仮登記）を作出したが、その後、Bがこの虚偽の外形を超える外形（典型的には本登記）をさらに作出して、第三者Cにこの

不動産を譲渡した場合に、民法九四条二項および民法一一〇条の法意に照らし、善意無過失の第三者を保護している（最判昭和四三年一〇月一七日民集二二卷一〇号二一八八頁、最判昭和四五年六月二日民集二四卷六号四六五頁）。

この場合、Cが信賴した虚偽の外形はAの意思に基づくものではなく、またAがこの外形を事後的にせよ承認しているわけでもない。しかし虚偽の外形は、A B間の通謀により作出された外形を基にしている。そこで、第三者が信賴した虚偽の外形は通謀による外形の自然的発展であるという構成を採り、通謀の範囲を超える点について、民法一一〇条を併せて類推適用しているものと思われる(16)。

この類型は、通謀虚偽表示と他人による勝手な外形作出とが結合した類型であり、勝手な外形作出だけの類型ではない。すなわち、この類型における真の権利者の帰責性の内容は、あくまで「虚偽の外形を作出するとの通謀」であり、一一〇条はこの通謀と第三者が信賴した外形とのずれを埋めるために利用されている（後述の外形与因型において一一〇条が真の権利者の意思ないし承認の代わりに利用されているのとは異なる）。通謀と虚偽の外形が存在する点では、九四条の本来的適用の場合と同様であり、その外形も通謀による外形の自然的発展にすぎないととらえるならば、帰責根拠の点でさほど問題がないようにも見える。Aの意思によって作出されたのではない場合にも類推適用が可能であることを示す反面、第三者保護要件として、一一〇条を併用する結果、無過失も要求することとなり、類推適用の範囲の拡大と保護要件の厳格化とでバランスを取るという結果にもなっている。

問題は、通謀を超える外形という点について、一一〇条を当然のように利用することの是非である。一一〇条の本来的適用の場合、代理権の範囲を逸脱した代理行為について本人が責任を負う根拠は、基本代理権ないし基本権限を授与していたことに求められる。それ以上に本人に何らかの帰責性を要求すべきか否かについては、これを独立の要件として設定すべきであると解する説と正当理由判断において総合的に考慮すれば足りるとする説に分かれているが(17)、いずれの説によろうとも、本人が無権代理行為の基礎となる基本代理権ないし基本権限を授与したことを要求することに違いはない。これをここでの類型の場合に当てはめた場合には、一一〇条を利用するためには、単に最初の通謀だけではなく、その後に通謀の範囲を超える外形が作出されるにいたったことについての真の権利者の帰責性をも問題にすべきである。九四条の本来的適用における帰責根拠が「第三者に対する意思表示」に対する認容にあるということからすれば、第三者が信じた虚偽の外形そのものに対する認容こそが必要というべきである。前述の外形他人作出型においては、真の権利者と登記名義人との間で虚偽の外形作出について通謀したが、その外形が作出されることなく登記名義人においていきなり別の外形が作出された場合には、最初の通謀が問題とされるのではなく、作出された外形に対する真の権利者の承認が必要であるとされており（前掲、最判昭和四五年四月一六日）、その場合とここでの類型の場合とでは、真の権利者の帰責性の程度に違いはないはずである。

このように考えると、この類型において真の権利者の通謀と一一〇条を重疊的に類推適用することだけでは、真の権利者の帰責根拠として不十分であり、実際に第三者が信頼した外形に対する真の権利者の認容を要求すべきである。そして、そうであるとすれば、この類型における類推適用の要件は、前述の外形他人型の要件に吸収されることになり、この類型を独立の類型として認めるべきではないということになる。

④ 外形与因型における帰責性

最近の判例は、Bによって虚偽の外形が作出され、それがAの意思に基づかず、また承認もしていない場合であっても、虚偽の外形が作出されることにつきAが原因を与えていたときに、民法九四条二項および民法一一〇条の類推適用により、善意無過失の第三者Cを保護している（最判平成一八年二月二三日民集六〇卷二号五四六頁）。具体的には、Aの代理人であるBがAを欺罔して売買契約書を作成させ、Aから預かっていた書類を併せ利用して登記名義をBに移転し、第三者Cに売却したという事案であったが、最高裁はBへの登記手続をすることができたのは「Aの余りにも不注意な行為によるものであり、Bによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのAの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」としている。

この類型における真の権利者の帰責性の内容は、「他人による虚偽の外形作出を可能にした不注意」である。上記判決は、真の権利者の不注意についての帰責性が①の外形自己作出型や②の外形他人作出型と同視しうるとしている。したがって、この類型における問題は、真の権利者が虚偽の外形の存在をまったく知らず、またそれが作出されることを認容していない場合であっても、不注意を帰責根拠として責任を負わせることが妥当かということになる。たしかに、一般的には、悪意と重過失とは責任論における法的評価において同様に評価されることが多い。しかし、両者は真の権利者の意思的関与の観点からはまったく別の事実である。ところがこの類型では、この違いを埋めるために以下のように一一〇条が併用されている。

この類型では、真の権利者は、虚偽の外形作出の基礎となる何らかの権限を他人に付与し、その権限の延長上で第三者が信頼した虚偽の外形が作出されており、この点では、③の意思外形非対応型と同一である。しかし意思外形非対応型では、真の権利者がいったん虚偽の外形を作出することを通謀しており、ここに第三者が信頼した外形が作出される原因がある。一一〇条は、この真の権利者の通謀を基礎的な帰責根拠として第三者が信頼した外形とのギャップを埋めるために利用されている。これに対して、ここでの類型の場合には、真の権利者は何らの虚偽の外形の作出をも認容しておらず、その認容の「範囲」を超える外形作出ということをもそもそも観念できない。代理でいえば、表見代理の一一〇条でいうところの基本代理権ないし基本権限に相当するものがなく、また、一〇九条でいうところの代理権授与表示に相当する行為もないのである。そうだとすれば、判例が、当該

事案が代理人に権限を授与したという点で表見代理の事案と共通していることを帰責根拠としながら、代理権の範囲を超える代理行為と代理人名義で虚偽の外形を作出する行為とが類似しているととらえ、一一〇条を利用していることには論理の飛躍があるといわざるをえない(18)。九四条二項類推適用のためには、少なくとも第三者が信頼した外形を真の権利者が認容していることが必要というべきである。このように考えると、この類型において、真の権利者の帰責性を補充するために一一〇条を利用することができるかは疑問であり、真の権利者の不注意は、帰責根拠として不十分であるといわざるをえない(19)。

1－3 小括

以上のように、民法九四条二項類推適用について、類型ごとに真の権利者の帰責根拠を検討した結果、それぞれの問題点が明らかとなった。これらの問題点は別個のもののように見えるが、いずれも九四条の本来的適用において通謀による虚偽の意思表示が何故無効となり、善意の第三者に対抗できないかということの意味を正確に理解していないために生じる問題点である。すなわち、九四条二項の本来的適用において、真の権利者が善意の第三者に対して責任を負う根拠は、「虚偽の外形に基づく意思表示が第三者に対してなされることを認容している」ところにある。これに対して、わが国の判例による九四条二項類推適用の展開においては、「登記名義人が虚偽の外形を作出する」ことに対する真の権利者の関与が問題とされてきた。しかし、この両者間には、たとえ真の権利者が虚偽の外形作出に関与していたとしても、登記名義人が第三者に対して意思表示をすることを認容していないこともあるというギャップがある。このギャップを顧慮しないことが真の権利者の関与が何に対するものであるかを曖昧にし、それによって帰責性の内容を緩和する解釈を招き、九四条二項類推適用の無限定な拡大を招いてきたのである(20)。しかし、九四条二項における帰責の本質的要素が「無権利者による意思表示の認容」の点にあるとすれば、今後の類推適用においても、この「認容」を真の権利者の帰責の最低基準とすべきではなかろうか。

2 民法四七八条の適用領域の拡大・類推適用と帰責性

2－1 民法四七八条における帰責の構造

民法四七八条は、フランス民法一二四〇条が「債権を占有する者に善意を以て為したる弁済は、たとえその占有者が後に債権を追奪せらるることありと雖も有効なり」と規定していることに倣った旧民法財産編四五七条に由来する(21)。同条は、一項で「真ノ債権者ニ非サルモ債権ヲ占有セル者ニ為シタル弁済ハ債務者ノ善意ニ出テタルトキハ有効ナリ」と規定し、二項で「表見ナル相続人其他ノ包括承継人、記名債権ノ表見ナル譲受人及ヒ無記

名証券ノ占有者ハ之ヲ債権ノ占有者ト看做ス」と規定していた。現行民法の起草者によれば、四七八条は、この二項の例示部分が一項の説明にとどまっているだけでなく、債権の準占有者を網羅しているといえないにもかかわらず、限定列举であると解される可能性があるもので、これを削って簡単にしたものであると説明されている(22)。

フランス民法における債権占有 (*possession de la créance*) は、物権法上の準占有 (*quasi possession*) とは無関係であり、真の債権者ではないにもかかわらず、債権者のように振る舞い、万人から見て債権者のように見える状態をいうものと解されており、一二四〇条の債権占有者には単なる債権証書の持参人や詐称代理人は含まれず、同条は弁済以外の行為に適用されることもない(23)。同条は、民法上の指名債権について、ごく例外的に、相続や債権譲渡によって債権者が誰であるかが一時的に不明となる事態がありうることを考慮して、弁済を強いられる債務者を最小限度で保護しようとするものであり、ここに、債権者の帰責の要素はない。すなわち、同条は、指名債権においては債権者が誰であるかは通常明らかであるにもかかわらず、例外的に、債権者の交替に伴って（指図債権と異なり）債権者が誰であるかが不明になることがあるという特性に基づいて債務者を保護しようというものであるにすぎず、近代的な権利外観保護法理に基づく規定ではない。このことは、フランス法において、わが国の民法一一〇条にあたる表見委任 (*mandat apparent*) が民法制定当時ではなく、その後の解釈によって認められるにいたることや(24)、公信力が一般的に問題になるのはその後のドイツ民法においてのことであることからも是認することができるであろう。

民法四七八条は、前述のような立法経緯からすれば、上記のようなフランス法の考え方をそのまま継受したものであり、債権者の帰責性に基づく表見責任を規定したものではなく、非常に限定的な場面で、法定責任として債務者の保護をはかった規定にすぎないといえることができる。起草者自身は、債権の準占有を物権法における準占有（民二〇五条）と同様に解していたものの（そしてこの誤解がその後の解釈の拡大を招く一因となったのではあるが）、準占有者の範囲については、表見相続人や他人の不在に乗じて財産を横領した者を適用の例であるとしており(25)、限定的な場面での適用を考えていたことは疑いない。

2-2 準占有者概念の拡大と帰責の構造

民法四七八条は、今日では、判例により適用領域を拡大させ、また類推適用されている。その展開過程は、四七八条の位置づけについて、指名債権に関する例外規定から、権利外観保護に基づく表見責任法理へと変容させる過程であったといえる(26)。判例の展開は、準占有者概念の拡大と、弁済以外の行為への拡大とに分けることができる。実際には、両者は、相互に絡み合って展開され、全体として四七八条の位置づけを変容させてきた。しかし、以下では、真の債権者の帰責という観点から両者を分けて検討することにする。

まず、準占有者概念の拡大に関する判例の展開領域を弁済者である債務者の誤信の種類

によつて大別すると、以下のような類型に分けることができる(27)。

①債権者の同一性誤認型：真の債権者が誰であることを誤認していないが、非権利者を債権者自身であると誤認した場合。②債権の受領権限誤認型：真の債権者が誰であることを誤認していないが、非権利者を債権者の代理人であると誤信した場合。③債権の帰属主体の誤認型：真の債権者が誰であることを誤認した場合。

それでは、判例による四七八条の解釈の拡大において、真の債権者の帰責根拠はどのようにとらえられてきたのであろうか。以下では、類型ごとに順次検討する。

① 債権者の同一性誤認型における帰責性

四七八条の解釈の発展において、判例上最初に問題になったのは、偽造領収書の持参人（大判昭和二年六月二二日民集六卷四〇八頁）や、債権証書・印鑑の持参人（大判昭和一六年六月二〇日民集二〇卷九二一頁）も債権の準占有者といえるかという問題であった。これらの場合には、債権者が誰であるかが客観的には明白であり、ただ債務者が債権者になりすました者を債権者本人であると主観的に誤認したにすぎない。しかし、判例は、これらの証書類の持参人も債権者としての外観を備えた者であることから準占有者にあたるとしたのである。今日では、むしろ、預金通帳と印鑑の持参人が準占有者の典型例であるとすらいわれている(28)。

これらの判例が「債権者らしい外観」との一点でのみ準占有者概念をとらえるのは、前述の立法趣旨とまったくかけ離れたものであり、債務者の誤認の構造の違いを無視して、債務者を一方的に保護するものである。このような結論を根拠づけるために、学説では四七八条は権利外観保護規定であると論じるものがすでにこの時期から登場しており(29)、上記の判例は、その後の解釈において、四七八条が権利外観保護規定であるとの前提に立った理解が定着していく出発点となっている。条文の解釈が時代とともに変化することはありうることである。しかし、これらの事案では、真の債権者が、無権利者による行為を認識・認容していたというような事情はなく、真の債権者の帰責性を問題にすることは的はずれである。ここでの問題の実体は、債務者による本人確認を軽減することができるか否かにつきる。これを四七八条によって行うことは、真の債権者の帰責性にかかわりのない完全な権利外観保護を認めるものであり、わが国の民法において、はたしてそのような解釈が許されるのかはかなり疑問である。真の債権者の帰責性を問題にすることなく、かつ、四七八条が元来予定した場合を超えて責任を負担しなければならないとされるためには、何らかの別の説得的な根拠が必要というべきである。このような意味からすれば、債権者と債務者が予め債務者による同一性の誤認であっても債務者を免責するとの合意をしていれば、それが根拠の一つとなりうるであろう。預金取引においては、大量・同種・反復される取引において債権者の同一性確認の負担を軽減するために免責約款が利用されている(30)。このような免責約款は、判例・通説では、四七八条の注意義務を具体化したものであると解されており、四七八条と同質のものと理解されている(31)。しかし、債務者の誤認の

種類の違いと債権者の帰責の根拠という観点からすれば、免責約款は、金融取引において生じる債権者の同一性確認の負担を軽減する目的で定められる債権者・債務者間の特約であって、四七八条とは異質の問題であると解すべきように思われる（従来判例・通説を批判する見解がこのような誤認の違いを指摘してこなかったことは不十分である）。換言すれば、債務者による債権者の同一性誤認を民法四七八条によって処理することは、債権者の帰責根拠の観点からは正当化することができないというべきである。

② 債権の受領権限誤認型における帰責性

代理人でない者が代理人であると詐称して債権の弁済を受けた場合は、債務者が債権の帰属主体を誤認したのではなく、債権の受領権限を誤信した場合である。四七八条の元来の趣旨からすれば、このような誤信は同条の範囲外の問題である。このため、戦前の判例は、詐称代理人は四七八条の準占有者にあたらないとしていた（大判昭和一〇年八月八日民集一四卷一五四一頁〔ただし、弁済者が詐称代理人に対して不当利得の返還を請求した事例〕）。しかし、この判例が詐称代理人を排除するための論理として、民法二〇五条との整合性を持ち出し、準占有者とは自己のためにする意思をもって債権を行使する者、すなわち自ら債権者であると称する者に限るとした点が学説からの批判を浴びることになった。学説では、詐称代理人の問題はもっぱら表見代理の問題であるとする少数説もあったが(32)、占有においても代理が認められる以上準占有についても同様に解すべきであるとする見解(33)や、四七八条は弁済者保護の規定であって二〇五条に無関係であるとする見解(34)などが主張され、適用肯定説が多数説であった。戦後になると判例も、ついにこのような批判を受け入れて、詐称代理人も準占有者に含まれると解するにいたった（最判昭和三七年八月二日民集一六卷九号一八〇九頁。その後の事例として、最判昭和四一年一〇月四日民集二〇卷八号一五六五頁〔ただし定期預金証書と印鑑の持参人に対する期限前解約の事例〕）。昭和三七年判決の事案は、無権代理人が代理権に関する書類を偽造した事例であったが、現在では、代理人が越権行為をした場合（最判平成六年六月七日金法一四二二号三二頁〔ただし、預金担保貸付けに対する類推適用の事例〕）、夫婦間での代理行為の場合（最判平成九年二月二四日民集五一卷四号一九九一頁〔ただし、生命保険の契約者貸付に対する類推適用の事例〕）にも詐称代理人が準占有者に含まれることを当然の前提とする判例が出揃っている。

これらの判例は、①の判例によって拡大された準占有者概念をさらに拡大している。すなわち、詐称代理人を代理人と誤信した債務者の誤認の種類は、債権の受領権限の誤認であり、債権の帰属主体の誤認ではない。また、詐称代理人は、①の事例のような「債権者らしい外観」を備えた者ではない。しかし判例は、無権利者が本人と称したか代理人と称したかによって債務者の保護を区別するのは妥当でないとの実質的判断から、詐称代理人も準占有者に含まれるとしている。これにより、準占有者概念は、「外観上正当な弁済受領権限があるように見える者」というところまで拡大することとなったのである(35)。

このような準占有者概念が前述の立法趣旨からはまったくかけ離れたものであることは①の場合と同様明らかである。詐称代理人の場合には、債権者が誰であるかが客観的には明白であり、ただ債務者が債権者の代理人であると主観的に誤認したにすぎない。さらに、真の債権者の帰責性の観点からすると、この場合には①の場合以上に無視できない問題がある。すなわち、民法の表見法理の中でも、本来、代理権の存在に対する信頼保護を扱っているのは表見代理であり、民法一〇九条、一一〇条、一一二条それぞれにおいて内容や程度に違いはあるものの、本人の帰責根拠として何らかの帰責性があることが必要とされている。実際、仮に上記昭和三七年判決の事案を表見代理で処理した場合には、代理権に関する書類を偽造した場合であるため、債権者本人の意思に基づく代理権授与表示があったということができず、民法一〇九条の適用は排除されることになる。これを債権の弁済であることを根拠に、債権者の帰責性が不要であることを正当化するためには、何らかの根拠が必要である。

この点につき、通説は、弁済が義務づけられた行為であることを理由としてあげる(36)。これは、弁済しないことにより債務不履行責任を問われるため代理権確認が疎かになるのもやむを得ないというものである。しかし、このような理由は、詐称代理人だけでなく本人と称した者に対して弁済をする場合でも同様に生ずることであり、代理権の確認だけが不要ないし軽減されることの根拠とはなりえない。むしろ、本人と称する者については、その者が本人であることの確認をすることしかできない反面、代理人と称する者については本人に対する確認を行えば、その者が正当な権限を有する者であるか否かが容易に確認できるのであり（実際の金融取引でも代理権確認はかなり厳格に行われている）、仮に免責約款で代理権確認を免除する特約を定めたとしても、それに合理性はない。

このように考えると、真の債権者の帰責根拠という点から見て、詐称代理人による預金の払戻しについての真の債権者の帰責の構造は表見代理と同様であり、何故真の債権者が表見代理の場合以上に責任を負わなければならないかを正当化する根拠を見出すことは困難である。したがって、これを民法四七八条によつて処理することは妥当でなく、表見代理の問題として（ないし民法四八〇条の問題として）、債務者による代理権確認に関する事情と真の債権者の代理権授与の外観に対する関与の事情とを相関的に評価すべきである。

③ 債権の帰属主体の誤認型における帰責性

債務者が債権の帰属主体を誤認した場合は、本来四七八条が予定した誤認類型である。しかし、判例は、このような誤認が指名債権の特性としてではなく、取引の実体ないしその法律構成から生じる特殊な場合にも同条を適用・類推適用している。それは預金取引において預金者の認定が問題となる場面である。預金取引においては、ある者が金銭を出捐したが、それとは異なる他人が預入行為をしたり、その他人名義で預金されたりした場合に預金者は誰かという預金者の認定問題がある(37)。判例は、出捐者説を採っており、預金者とは代理人または使用者によって自ら預金する意思で預金した者が預金者であるとしてい

る。この説は、無記名定期預金の事例から始まり（最判昭和三二年一二月一九日民集一一卷一三二七七八頁）、他人名義定期預金の事例（最判昭和五二年八月九日民集三一巻四号七四二頁）、架空名義定期預金の事例（最判昭和五三年五月一日判時八九三号三一頁）へと拡大して定着している。このような出捐者説を前提にすると、預入行為者ないし預金名義人を預金者と誤信してこれに対して弁済をした銀行の保護が問題になる。判例は、ここで民法四七八条によって善意無過失の銀行を保護している（前掲、最判昭和四一年一〇月四日など）。また、弁済だけでなく、預金担保貸付・相殺がなされた事例についても、同条を類推適用している（最判昭和四八年三月二七日民集二七巻二号三七六頁。弁済以外の行為と四七八条の関係については後述する）。

判例の出捐者説プラス民法四七八条という構成については、周知のとおり学説上種々の議論があるが(38)、本研究では、これを真の預金者とされる出捐者が責任を負う根拠がいかなるものであるかという観点から検討する必要がある。まず、この場合における銀行の誤認は、預金者が誰かについての誤認であり、債権の帰属主体の誤認である。この点では、四七八条が本来予定している場合と同様である。しかし、ここでの銀行の誤認は、指名債権における特殊な事情、すなわち、指名債権でありながら万人にとって債権者が誰かがわからない例外的な事情のために生じたものではなく、預金債権が指名債権でありながら、預金取引では、取引の大量・同種・反復性から、預入れの段階で銀行は預金者が誰かに関心を抱かず、支払い（弁済）の段階においてはじめて関心を抱くという事情に基づくものである。このような取引の性質から債務者である銀行の責任を軽減するのであれば、それは、債権者である預金者の帰責に基づくものではないので、特別の理由が必要であり、当事者間での特約（約款）によることが本来妥当であろう。

しかし、この場合の誤認には、前述①の場合のように預金者を主観的に取り違えた場合と異なり、まったく主観的なものとはいえない側面がある。すなわち、ここでは、銀行は契約の一般理論に則り、契約名義人ないし契約締結当事者を預金者として取り扱ったにもかかわらず、金銭の出捐者が別に存在したために、出捐者説によって結果的に預金者を「誤認した」とされるにすぎない。このような場合に銀行には出捐者確認義務があるとまでいうのが妥当でないことには異論がないであろう。そうだとすれば、ここでの判例による四七八条の利用は、出捐者説の硬直性を同条によって緩和していることを意味するにすぎず、預金契約における一般的な注意義務としての善管注意義務が存在することを示しているだけであって、債務者をとくに「保護」しているわけではない、と解することができるであろう。以上のことからすれば、預金者の認定が問題になる場合において預金を無権利者に払い戻した銀行の免責は、債権者である預金者の帰責を前提としないものであり、その限りにおいて四七八条によって処理することを是認することができる。

他方、債権の帰属主体の誤認ではあっても、債務者が四七八条による免責を受ける結果として債権者がリスクを負担することになるのが不合理であると思われる場合がある。それは、指名債権が二重譲渡された場合で双方の譲受人がいずれも対抗要件を備えている場

合である。判例は、このような場合には、債務者もまた原則として対抗要件で優先する譲受人に弁済すべきであるとしつつ、劣後する譲受人に対して弁済した場合には四七八条の適用があるとしている（最判昭和六一年四月一日民集四〇卷三号五五八頁）。ただし、債務者が無過失であったというためには、優先譲受人の債権譲受行為または対抗要件に瑕疵があるためその効力を生じないと誤信してもやむを得ない事情があるなど、劣後譲受人を真の債権者であると信ずるにつき相当な理由があることが必要であるとしている（当該事案ではそのような理由があったといえないとした）。このような場面での四七八条の利用は、わが国の債権譲渡法制上、二重譲渡が行われた場合に譲受人がともに対抗要件を具備することができるという事情を背景に、その場合の譲受人間の優劣関係について確立した判例準則を維持しつつ、債務者との関係ではいずれも対抗要件を備えた者であるために劣後した譲受人に弁済するという事態が生じることをフォローするものとなっている。学説の多くもまた、譲受人間の優劣関係と弁済者保護とは別次元の問題であるとして判例に賛成している(39)。

この場合の債務者の誤認は、債権者が誰であるかについての誤認であり、かつ、具体的な事案としても、四七八条で元来予定されていた債権譲渡無効の場合の譲受人に対する弁済の場合に似ている。しかし、この場合が元来予定されていた場合と決定的に異なるのは、優先譲受人への債権譲渡は完全に有効であり、しかも対抗要件上優先していることが客観的には明らかであるという点である。優先譲受人である真の債権者からすれば、自己には何ら責められるべき要素はなく、ただ債務者が保護されるにすぎない。四七八条はそのような場合であっても債務者の誤認が万人から見てやむを得ないことを根拠としているが、ここでの債務者の誤認は、客観的には明らかな債権者を主観的に誤認したにすぎない(40)。判例は、債権の二重譲渡の優劣問題に関する判例準則を四七八条の利用によって一部補正しているととらえると、問題の構造は、前述の預金者認定問題の場合と同様ではないかとも思える。しかし、預金者認定の問題では、出捐者という預金の実質的債権者と預金契約上の預金者という形式上の債権者とがずれているという事態を調整するために債務者を保護する必要があるのに対して、ここでの場合にはそのような事情はなく、優先譲受人は実質的にもまた形式的にも債権者であり、債務者を保護すべき事情はない。このような誤認までを債権者の負担において保護することは、真の債権者の帰責根拠という点から見ても、またそのような帰責根拠のない場合でも指名債権の特性上例外的に債務者保護がありうるという観点から見ても、是認することができないように思われる。

2-3 弁済以外の行為への拡大と帰責の構造

民法四七八条は、弁済に関する規定である。しかし判例は、弁済以外の行為についても同条を適用ないし類推適用している。このような同条の利用は真の債権者の帰責根拠の点からはどのように評価されるべきか。

定期預金は、期限の定めのある金銭消費寄託契約であり、受託者である銀行は期限前の解約に応じる義務はない。期限前解約による払戻しは、預金契約の合意解約と払戻しという二つの行為から成り立っており、解約は弁済ではないからである。しかし判例は、期限前解約の実体を見れば、弁済の具体的内容が契約成立時にすでに合意により確定されていることを理由に、定期預金の期限前解約とそれに基づく払戻しもまた四七八条の弁済にあたるとした（前掲、最判昭和四一年一〇月四日〔ただし詐称代理人の事案〕、最判昭和五四年九月二五日判時九四六号五〇頁〔本人になりすました事案〕）。これは法的には義務的といえない行為を含む行為であっても、経済的な実体からすれば同一に解してよいとしたものである。判例は、定期預金担保貸付が行われ、その後に貸付金と預金が相殺された事例についても、実質的には期限前払戻と同視できるとして四七八条を類推適用するにいたっている（最判昭和四八年三月二七日民集二七卷二号三七六頁〔預金者認定問題の事例〕、最判昭和五九年二月二三日民集三八卷三号四四五頁〔本人なりすましの事例〕）。さらに生命保険の満期返戻金を担保とした契約者貸付の事例では、貸付行為自体を四七八条類推適用により保護するという判断が示されている（最判平成九年四月二四日民集五一卷四号一九九一頁）。

これらの判例では、前述の2―2のような誤認の類型にかかわらず、弁済という義務づけられた行為以外の任意の行為について四七八条により債務者が免責されている。このような判例に共通するのは、預金担保貸付という仕組みが経済的には預金の払戻しと同視できるという認識である。たしかに、預金における終局的な決済である弁済に四七八条が適用される以上、債権の消滅という結果から見れば、経済的には、預金の範囲内で行われる決済方法についても同様に評価できる側面がある。また、誤認類型の違いについても、判例がそのいずれをも四七八条の問題であると解している以上、判例理論には齟齬がない。しかし、真の債権者の帰責の観点からすれば、これらの行為を弁済と同じように評価することは妥当ではない。すなわち、四七八条において真の債権者の帰責の有無に関係なく債務者が保護されるのは、元来は、債務者の誤認が指名債権の特性上やむを得ないものであるからであった。しかし、この場合のように、無権利者を預金者と信頼して新たな行為が行われた場合には、債権の消滅はその行為の結果として生じるのであり、債権の消滅という結果の評価以前に、そのような行為に対する評価が必要である。このように考えると、債務者の誤認の類型に応じて、新たに行われた行為に対する真の債権者の帰責の構造を検討すべきであり、一律に四七八条によって問題を処理することは妥当ではない。

① 預金者認定が問題なる事案で新たな行為が行われた場合には、無権利者がそのような行為をすることに対して預金者がどのように関与したかが問題になる。このような帰責の構造は、前述の民法九四条二項における真の権利者の帰責の構造に類似しているといえる。ただし、預金の場合には、債務者である銀行は、不動産登記のように行為者の名義を信頼して新たな行為をするわけではなく、その者が金銭の処分権を有していると信頼して

行為するという違いがある。これらを考え合わせるならば、この場合において考慮されるべき真の預金者の帰責性は、他人による金銭処分に対する許容の有無であり(41)、無権利者が権利者として期限前解約や預金担保貸付をすることを真の権利者である預金者が認容していたときは、金銭の処分権が与えられているものと構成し、これらの行為は完全に有効であると解すればよいのではなかろうか(預金者の認定が問題となる事案では、多くの場合、他人名義ないし他人の預入行為で預金がなされ、それを担保に貸付がなされることまでを真の預金者が認容しているといえる)。また、預金者が認容していなかったときは、無権利者が行った行為は無効であると解さざるを得ない。この場合、債務者である銀行の保護の根拠を債権者である預金者の帰責に求めることはできないが、銀行が期限前解約に基づいてした払戻しは四七八条により、また金銭処分権を信頼して預金を担保に取った場合には、動産質権類似の担保権を善意取得したものとして民法一九二条の類推適用により(42)、いずれも帰責性を前提としない権利外観保護法理により保護されると構成できるであろう。

② 他方、無権利者が預金者になりすまして新たな行為が行われた場合の帰責の構造は、表見代理における本人の帰責の構造に類似しているといえる。しかし、この場合にも金銭の処分権が問題であることを考え合わせるならば、真の預金者が無権利者による金銭の処分を認容していたときは、その帰責の構造は上記の場合と同様であると解することができる。また、預金者が認容していなかったときも、銀行は、上記と同様にして、期限前解約に基づく払戻しは四七八条により、また預金担保貸付では動産質権類似の担保権を善意取得したものとして民法一九二条の類推適用により保護されると構成できるであろう(43)。

2-4 小括

以上のように、民法四七八条の適用領域の拡大・類推適用について、準占有者概念の拡大における帰責の構造と弁済以外の行為への拡大における帰責の構造を検討することによって、それぞれにおける問題点が明らかとなった。これらの問題点は、いずれも四七八条が真の債権者の帰責事由を根拠とせずに債務者を保護することの意味を軽視しているために生ずる問題点である。すなわち、四七八条の適用・類推適用領域の拡大をもたらしている具体的な問題は、預金取引であり、判例は、指名債権においてその帰属主体が不明となる特殊な場合に関する法定責任規定を、大量・同種・反復して行われる取引であるために債権の帰属主体に関心が置かれない取引のために利用してきたのである。しかし、真の債権者である預金者の帰責根拠という観点からすれば、預金取引においては、金銭の処分に対する預金者の許容の有無が問題となることを前提に、債務者である銀行の誤認の種類および誤認の対象によって、債権者の関与にかかわらず債務者保護をはかるべき場合、無権利者の行為に対する債権者の許容の有無を問題にすべき場合、いずれの観点からしても債務者保護を正当化できない場合をきめ細かく区別しなければならない。四七八条に関す

る有力説は、同条の解釈の拡大に対して、真の債権者の帰責性を要件とすることによって調整をはかろうと主張している。しかし、四七八条の解釈が拡大する過程で議論されてきた問題の場面には、真の債権者の帰責性を根拠として調整をはかるべき場合とそうでない場合とが含まれているように思われる。このように考えると、四七八条の要件をどのように設定するかにかかわりなく、預金取引に関して生じる問題を一律に四七八条によって処理することを正当化する根拠を見い出すことはできないというべきであろう。

3 表見代理の適用領域の拡大・類推適用と帰責性

3-1 表見代理における帰責の構造

判例・通説によれば、民法一〇九条、一一〇条、一一二条は、いずれも無権代理であっても、一方で無権代理人に代理権があるかの外観があり、他方で代理行為の相手方が代理権の存在を信頼するのもやむを得ない事情がある場合に、本人は代理行為の効果帰属を拒否できないという規定であり、この三ヶ条を総称して表見代理と呼ばれている。

表見代理における本人の帰責根拠については、共通して、本人の帰責性と相手方の信頼という二つの要素があげられるが、いずれの要素を重視するかで議論がある。従来の判例・通説は、各表見代理規定に共通して、表見代理を取引の安全、代理制度への信頼保持のための制度であると解して、代理権の外観に対する相手方の信頼の要素を重視してきた(44)。これに対して、近年の有力説は、表見代理を真実に反する外観を表示または表示する原因を与えた本人の責任を問う制度であると解して、代理権の外観表示に対する本人の責任の要素を重視している(45)。この違いは、後述のように、判例による表見代理の各規定の適用領域の拡大・類推適用を肯定的にとらえるか否かの違いとなって現れる。しかし、結論的にいずれの立場に立つにせよ、まず表見代理の各規定の趣旨と各規定の解釈において本人に責任を負わせるために判例・学説がどのような要素を重視しているのかを客観的に分析し、表見代理における帰責の構造について、何が対立点であるかを明らかにしなければならない。

① 民法一〇九条によれば、第三者に対して、他人に代理権を与えた旨を表示した者は、第三者が善意無過失であるときは、その者がした代理行為について責任を負う。この規定の趣旨については、すでに起草段階から議論があり、外部に対する代理権授与を認める（したがって有権代理である）趣旨であると解する見解と、無権代理であるが相手方を保護する趣旨であると解する見解とがあった(46)。その後の学説においても、前者の立場を展開する説が見られたが(47)、現在では、代理権を与えた旨の表示は意思表示ではなく、觀念の通知であると解されており(48)、また、一〇九条ただし書では相手方の主観的事情により効果が発生したりしなかったりすることが規定されていることから、同条は代理権を与えたか

の表示をした本人の責任の問題であり、無権代理の一場合であると解することではほぼ異論がない。このような理解による限り、本条における本人の帰責根拠は、表示をしたこと、すなわち表示責任であることであるといえ、表見代理の他の二つの規定に比べてこのことが直接的に示されているものといえる。したがって、本条における本人の帰責根拠は、このような表示に対する責任の内容を具体的に検討することによって明らかにされなければならない。

この点につき、一〇九条における本人の帰責性の強さからすれば、本来ならば、民法九四条二項と同様、相手方の保護要件は善意で足りるというべきであろう。しかし今日、同条が主として問題になるのは、本人が代理権授与表示をした場合ではなく（このような場合は実際問題として真実代理権授与があったと認定され、有権代理となることがほとんどであろう）、白紙委任状を交付した場合と代理人であることを推測させる肩書きを付与していた場合であり、これは厳密に言えば、本人が代理権授与の表示をした場合ではなく、一〇九条と同様の状況を本人が生み出したこと、すなわち同条の類推適用の場面というべき場合である。このような状況を前提にすれば相手方保護要件が善意よりも厳格であるとするには一定の合理性があるものと思われる（類推による付加要件としての無過失）。

② 他方、民法一一〇条では、代理人がその権限の範囲外の行為をした場合に、相手方が代理人に権限があると信ずる正当な理由があるときは、本人はその代理行為につき責任を負うものとされている。この場合、本人は他人に真実何らかの権限を与えただけであって、そのこと自体に何ら非難されるべき直接的な要素はない。たしかに、他人が代理人として行為することを認容したという意味では、認容が基礎にあるともいえるが、そのような意味での帰責性は、無権代理行為に対する認容ではなく、無権代理行為に対する帰責性は間接的で、原因を与えたというにとどまっている(49)。

このように考えるならば、権限外の代理行為について第一次的な責任を負うべきは代理行為をした者自身であり、本人の責任は、その原因を与えたという第二次的なものである(50)。しかし、そのような場合であっても、無権代理行為に対する責任を本人に負わせて、無権代理人に対する責任追及のリスクを相手方から本人に転換しているのが本条であり、他の二つの規定以上に相手方の保護を重視している。このような意味において、本条においては相手方の保護が重視されざるを得ないが、そうであるからといって、そのみを強調したのでは、本条の適用範囲は無限定に拡大するおそれがある。このような本条の位置づけからすれば、本条においてはその適用範囲を合理的に画する必要がある、そのためには、一方では本人の帰責性のみを偏重した解釈をすることはできず、無権代理行為が行われるにいたったことに対する本人の関与と相手方が保護されるべき事情の存否を総合的に検討し、両者の相関において本条における本人の帰責の構造を明らかにする必要がある(51)。

③ 民法一二条によれば、代理権の消滅は善意無過失の第三者に対抗することができ

ない。本条については、その規定の仕方から、代理権消滅の対抗問題であると解する説もあるが(52)、通説は、代理権が消滅後に無権代理行為が行われた場合であり、表見代理の場合であると解している(53)。本条でも、本人には代理権が消滅したこと自体に非難されるべき直接的な要素はなく、本条の趣旨は、代理制度に対する信頼を確保するために相手方を保護しているというほかない。たしかに、一一二条でも、かつて代理人として行為することを認容していたという意味では、やはり認容が基礎にあるともいえる。しかし無権代理行為との関係では、そのような表示を除去せず、そのために無権代理行為が行われてしまったことに対する責任を問題にすべきである。このような意味での帰責性は、無権代理行為を直接認容していたものではなく、本条における本人の帰責の構造を考えるにあたっては、一一〇条と同様の相関的な考慮が必要である。

3—2 法定代理に対する表見代理の適用における帰責の構造

各表見代理規定に共通して議論があるのは、第一に、法定代理に表見代理の適用があるかという問題である。まず、一〇九条については、判例（大判明治三十九年五月一七日民録一二輯七五八頁）・通説は、法定代理には代理権授与行為がない以上、本人の表示責任は問題にならず、一〇九条の適用はないと解している(54)。これによれば、法定代理に関して本人の帰責の構造を問題にするまでもないことになる。しかし、他方では、法定代理人でない者を法定代理人であると表示することも実際にはありうるとして、一〇九条の適用があるとする少数説もある(55)。これによれば、制限行為能力者保護に優先して表示責任が問われるという帰責構造になる。したがって、帰責根拠の点から見れば、一〇九条における議論の対立は、制限行為能力者保護と表示責任のいずれを優先するかという対立であるといえる。

他方、一一〇条については、判例は、法定代理人が権限外の行為をした場合、本人が代理人を選任したか否かが要件上問題とならない以上、本条が適用されとしている（大判昭和一七年五月二〇日民集二一卷五七一頁）。また、現在の通説は、実際の観点から、法定代理でも代理人の権限の範囲が必ずしも明確でないことがあるので（とくに、成年後見制度創設後の保佐人、補助人）、正当理由判断を厳格にしつつ法定代理にも本条の適用があると解している(56)。これに対して、近時では、法定代理の場合には本人に帰責性がないので、一一〇条を適用すべきでないと解する適用否定説(57)や、制限行為能力者保護の観点から本条の適用を疑問視する説(58)などが有力に主張されている。これを本人の帰責の根拠という観点から見ると、近時の適用肯定説は、法定代理権の範囲の不明確性を根拠としており、本人の帰責性ではなく代理制度への信頼を責任の根拠としているのに対して、適用否定説は、法定代理では本人に帰責の要素がないとするか、または制限行為能力者制度の趣旨によって、本人保護の必要性があるとしている。しかし、判例は、取引の安全のために法定代理と任意代理を区別しないという以上には、何故法定代理でも本人が責任を負うこ

とになるのかについて根拠は明確でない。以上からすると、一一〇条における議論の対立は、制限行為能力者保護と代理制度に対する信頼保護のいずれを優先するかという対立であるといえる。

一一二条についても、判例（大判昭和二年一二月二四日民集六卷七五四頁）・通説は、代理制度に対する信頼を重視し、法定代理にも同条の適用があると解している(59)。これに対して近時の有力説は、法定代理において代理権消滅について本人の帰責性を考えることができないとして、適用を否定すべきだと解している(60)。ここでの対立もまた、制限行為能力者保護と代理制度に対する信頼保護のいずれを優先するかという対立である。

以上のように、法定代理に表見代理規定の適用があるかという問題を本人の帰責根拠の観点から見るときは、制限行為能力者制度の趣旨と、表示責任ないし代理制度に対する信頼保護とのいずれを重視すべきであるかという問題であるといえる。しかし、これは、次元の異なる問題であり、その意味において、表見代理では、前述の九四条二項や四七八条と異なり、真の権利者（ここでは本人）の帰責根拠について何を重視した評価をするかが困難な事情がある。もちろん、これらの要請の中で、他の要請に先んじて重視すべきことが異論なく承認されているものがある場合には、それを優先すべきことは当然である。したがって問題は、結局のところ、制限行為能力者保護という命題を絶対視するか否かにかかっている。しかし、民法上、制限行為能力者保護は、かなり重要度の高い基本理念であることに疑いはないが、必ずしも絶対的なものではなく（二〇条、二一条のように、相手方保護との調整がはかられている）、表見代理においてのみこの命題を絶対視することはできない。そうだとすれば、表見代理におけるこれらの要請は、一方では本人の帰責の根拠要素として、また他方では本人の帰責の制限要素として位置づけるほかないように思われる(61)。このように考えるときは、法定代理における本人の帰責の構造は、表示責任（一〇九条）、または表示された代理権の範囲が不明確であることに伴う代理制度に対する信頼保護（一一〇条、一一二条）を帰責根拠とし、制限行為能力者保護を制限要素とする構造にあるということができよう。適用の制限は、一〇九条、一一二条では相手方の善意無過失判断において、また一一〇条では正当理由判断においてなされることになり、具体的にはこれらの判断は任意代理の場合に比して厳格に行われるべきだということになる。

3-3 本人名義でなされた行為に対する表見代理規定の類推適用における帰責の構造

各表見代理規定に共通して議論がある第二の問題は、他人が本人名義でした行為に対する類推適用の問題である。判例・学説は、古くから、代理人が本人の名のみを示して代理行為をした場合について、これを顕名的手段と見て妨げないとし、代理行為として有効であると解している（大判大正九年四月二七日民録二六輯六〇六頁、大判大正九年六月五日民録二六輯八一二頁、大判昭和五年八月四日新聞三一六九号一六頁）(62)。このような解釈を前提にすれば、本人名義での行為が代理権なく行われた場合について表見代理規定を類

推適用することには一定の合理性がある。まさに、判例は、古くから、他人が本人名の使用の承諾を得て本人名義で行為した場合について民法一〇九条の精神により本人の責任を認め（大判昭和五年一〇月三〇日民集九卷九九九頁）、また、他人が本人から与えられた権限を超えて本人名義で行為をした場合について、民法一一〇条を類推適用してきた（大判昭和八年八月七日民集一二卷二二七九頁、大判昭和十三年十二月一〇日判決全集五輯二四号三一頁、最判昭和三十九年九月一五日民集一八卷七号一四三五頁、最判昭和四十四年十二月一九日民集二三卷一十二号二五三九頁、最判昭和五一年六月二五日民集三〇卷六号六六五頁など）。

これらの判例について重要なのは、上記の最判昭和三十九年九月一五日の調査官解説が指摘するように、代理人が本人の名で行為した場合に本人が責任を負うためには、相手方がこれを本人の行為であると信じたことに正当な理由があればよいとされることである(63)。すなわち、上記の判例の多くでは民法一一〇条が問題とされているが、実際には、行為者が本人であると信じたか否かのみが問題となるのであって、越権行為が権限の範囲内の行為であると信じたか否かは問題とされない。しかし、このような場合には、相手方は法律効果の帰属主体が誰であるかについて信頼しており、判例は、そのような信頼を保護するという点において表見代理と共通する基礎があると解しているものと思われる。

以上のことを本人の帰責根拠という点から見るときには、この場合には、表見代理の本来的適用の場合と異なる事情が存在することに注意しなければならない。すなわち、相手方の問題として代理権の存在に対する信頼が問題にならない以上、この場合に本人が責任を負う根拠は、表見代理の本来的適用の場合には問題にならない、本人名義で行為がなされたことに対する本人の帰責性にあるといわざるを得ない。このような観点からすれば、ここでは、本人名義で行為することを本人が許容していたか否かの区別が重要であることになる。第一に、はじめから本人名義で行為することが本人によって許容されていた場合で、かつ、その許容の範囲内で行為がなされた場合には、表見代理規定の類推適用を問題にするまでもなく、有効な代理行為がなされたもの（有権代理）として処理すれば足りることになる。また、第二に、本人名義で行為することが許容されていたが、実際になされた行為は許容された範囲を超える行為であった場合には、相手方がこれを本人の行為であると信ずるにつき正当の理由がある限り一一〇条の類推適用が認められるべきである。そして第三に、本人名義で行為することが許容されていなかった場合には、行為者が本人であるという表示をしたことに対する本人の表示責任を問うべきであり、民法一〇九条におけるのと類似した状況、すなわち本人名義で行為することについての認容があると同等に評価できる事情が存するときに限り一〇九条の類推適用が認められるというべきであろう。

3-4 名義貸しに対する表見代理規定の類推適用における帰責の構造

現象的には上記の場合と同様に、他人が本人名義で行為した場合であっても、これと区

別されるべき場合として名義貸しの場合がある。すなわち、たとえばAがBに対してAの名義で行為することを許容した場合であっても、Bは、Aにではなく自己に法律効果を帰属させようとしている場合には、表見代理規定によると法律効果の帰属主体はAであることになってしまう。このような場合につき、判例には、民法一〇九条および商法の名板貸の規定（現商法一四条、会社法九条）の法意により、Aに法律行為を履行する責任を認めているものがある（最判昭和三五年一〇月二一日民集一四卷一二号二六六一頁〔東京地裁厚生部事件〕）。

このような場合を相手方の信頼の点からだけ見れば、3—3の場合と同様、法律効果の帰属主体に対する信頼ということに変わりがない。しかし、本人の帰責根拠という点から見れば、このような場合におけるAの意思は、実体としては、BがAの名を利用することによって自己の行為を有利に展開することを保証する意思を有しているのに近い。したがってこの場合におけるAの表示責任の内容は、Bの行為についてBと連帯して責任を負うこととするのが妥当であり、法律効果の帰属主体に対する相手方の信頼は、そうすることによって十分はかられる(64)。上記の判例はこのような趣旨を商法規定の法意に求めたものと解すべきであろう。

3—5 小括

以上のように、法定代理に対する表見代理規定の適用における帰責の構造と、本人名義でなされた行為に対する表見代理規定の類推適用における帰責の構造を検討することによって、表見代理規定の適用範囲の拡大・類推適用における本人の帰責の構造が明らかとなった。すなわち、表見代理の本来的適用の場面における本人の帰責根拠は、広い意味での本人の認容を基礎とした表示責任（民一〇九条）または代理制度に対する信頼保護（民一一〇条、一一二条）であるが、適用領域の拡大または類推適用の場面では、これとは次元の異なる要素が考慮されており、本人の帰責の構造もまた、本来的適用の場面とは異なる構造になっている。すなわち、法定代理に対する表見代理規定の適用の可否という問題においては、制限行為能力者保護が本人の責任を制限する要素となっており、本人の帰責の有無は、表示責任ないし代理制度に対する信頼と、制限行為能力者保護との相関的判断において決せられる。また、本人名義でなされた行為に対する表見代理規定の類推適用という問題においては、代理制度に対する信頼保護という要素は機能せず、本人の帰責根拠は、本人名義での行為に対する許容の有無とその程度に応じた本人の意思ないし表示責任である。このように、表見代理においては、本来的適用の場面を離れるに伴い、本人の帰責の構造が多様化しており、本人の認容を基礎とした表示責任ないし代理制度に対する信頼保護のみを本人の帰責の正当化根拠とすることはできないというべきであろう。

4 帰責の構造の多様性と共通性

4-1 表見法理における帰責構造の多様性

本研究では、民法における表見法理のうち、判例の展開が著しいかまたは学説上議論が多い規定につき、各表見法理規定の本来的適用における真の権利者の帰責の構造を法律行為論・意思表示論との関係で明らかにするとともに、それぞれにおける適用領域の拡大・類推適用における真の権利者の帰責の構造がどのような要素が加わることにより、どのように変容しているかを検討してきた。以下では、その結果をまとめておくことにする。

表見法理における帰責の構造は、本来的適用の場面において、表見法理ごとにかなり異なって多様であるだけでなく、適用領域の拡大・類推適用の場面では、さらに他の要素に対する考慮が働く結果として、帰責の構造が複雑化しており、これらの多様な構造にある問題を帰責性という言葉で論ずることは妥当ではないことが明らかとなった。

(1) 民法九四条二項

民法九四条二項においては、真の権利者の帰責根拠は、他人が善意の第三者に対して権利者であるかの意思表示をすることを真の権利者が認容していることにある。また、その類推適用の場面においては、従来判例による類推適用の展開・拡大の過程では、虚偽の外形作出に対する真の権利者の関与が重視されてきたが、第三者の信頼保護の要素は本来的適用の場面と同質であることからすれば、本人の帰責についても、無権利者が虚偽の外形に基づく意思表示をすることに対する認容を根拠とすべきである。また民法一一〇条の併用によって真の権利者の意思関与の弱さを補充することは妥当でないというべきである。

(2) 民法四七八条

民法四七八条は、真の債権者の帰責性に基づく表見責任を規定したものではなく、指名債権において債権者交替に伴い債権者が不明になることがあるという特性に基づき、限定的な場面で法定責任として債務者保護をはかった規定であるというべきである。判例による同条における準占有者概念の拡大は、預金取引における債権者の同一性確認の困難性、弁済受領権限確認の困難性、もしくは金銭処分権限の有無に対する信頼保護を理由としており、同条において真の債権者の帰責を正当化する根拠となりえない。したがってこれらの問題は、それぞれ、預金取引の特殊性に基づいた特約、表見代理による保護、もしくは動産の処分権限に対する信頼保護（民一九二条）によって処理すべきである。また、判例による弁済以外の行為への同条の類推適用については、債権の消滅という結果以前に、新たになされた弁済以外の行為に対する評価が必要であり、一律に同条によって問題を処理すべきではなく、無権利者がそのような行為をすることに対して真の債権者がどのように関与したか（認容の有無）に応じて問題を処理すべきである。

(3) 表見代理

表見代理規定においては、本人の帰責根拠は、各規定において本人の帰責性の要素と相

手方の信託保護の要素とのいずれにどの程度の重要性を認めるかにかかわる。民法一〇九条では、代理人であるかの表示をした表示責任の要素が重要であるが、民法一一〇条および民法一一二条では、代理権を授与したことに直接の帰責根拠を見い出すことはできず、無権代理行為がなされるにいたったことに対する本人の関与と相手方の信託保護とを相関的に考慮する必要がある。しかし、法定代理に対する表見代理規定の適用という問題については、制限行為能力者保護という次元の異なる問題が関係しており、これは、表見代理規定に優先する絶対的な要請であるとは断定できない以上、本人の帰責の制限要素として取り扱い、相手方保護は任意代理の場合よりも厳格に判断されるというべきである。また、本人名義でなされた行為に対する表見代理規定の類推適用という問題については、本人の帰責根拠は、表見代理の本来的適用におけるそれとは異なり、他人が本人名義で行為することについての許容にあるというべきであり、その許容の有無・程度に応じて、有権代理、民法一一〇条の類推適用、民法一〇九条の類推適用、行為者の責任に対する連帯責任を負うというように区別して法律構成すべきである。

表見法理	本来的適用における帰責の構造	適用領域の拡大・類推適用の場面における帰責の構造
民法 94 条 2 項	虚偽の外形に基づく意思表示が行われることの認容	虚偽の外形に基づく意思表示が行われることの認容
民法 478 条	債権者の交替における債権者不明に対する債務者保護	預金取引における債権者の同一性確認の困難性、弁済受領権限確認の困難性、金銭処分権限の有無に対する信託保護、弁済以外の新たな行為に対する債権者の認容
表見代理規定	代理権授与表示をした表示責任（民 109 条） 無権代理行為に対する本人の関与と代理制度に対する信託保護（民 110 条、112 条）	制限行為能力者保護を制限根拠とする表示責任・代理制度の信託保護（法定代理） 本人名義で行為することの許容（本人名義の行為）

以上のまとめから見れば、従来の議論は、このような多様な要素を含む問題を帰責性という概念のみによって論じてきたために、実際には論者によって重視する要素が異なっているにもかかわらず、それらを同一の場面で論ずるという議論のすれ違いを生じさせる結果となっていた傾向があるといえるのではなかろうか。今後の議論は、各表見法理における帰責の構造が一律ではないこと、およびそれぞれにおける帰責根拠が多様であることを共通の基礎として受け入れつつ、権利外観に対する真の権利者の認容を重視すべき問題、真の権利者の認容とそれ以外の要素との相関的判断をすべき問題、真の権利者の帰責に関

係のない要素（制限行為能力者保護など）を重視すべき問題を区別し、それぞれの問題において真の権利者の帰責を正当化できるための法律構成を模索するという観点から行われるべきである。

4-2 表見法理の帰責構造における共通性

表見法理における帰責の構造は多様である反面、これらを法律行為論・意思表示論との関係で見るときには、各表見法理に共通する構造があることも明らかとなった。また、それは、上記のような表見法理における帰責の構造の多様性をもたらしている原因は何かという問題でもある。

本研究で検討してきた表見法理とその展開は、法律行為の行為類型から見ると、すべて、他人によって行われた行為について真の権利者（ないし本人）がいかなる責任を負うかという場面であることが共通している。すなわち、民法九四条二項とその類推適用は、とくに不動産について虚偽の登記名義に基づいて無権利者が第三者との間で行った行為について真の権利者が責任を問われる場合である。また、民法四七八条とその適用範囲の拡大・類推適用は、債権、とくに預金債権について無権利者が債務者である銀行との間で行った行為について真の債権者が責任を問われる場合である。さらに、表見代理とその適用範囲の拡大・類推適用は、無権限者によって本人に法律効果を帰属させる行為が行われた場合に本人が責任を問われる場合である。このように、これらの問題は、すべて、「無権利者により行われた行為に対する真の権利者の責任」という点で共通している。

このような表見法理に共通する問題を帰責根拠の観点から統一的に説明するためには、これらの行為が無権利者によって行われた場合ではなく、権限ある者によって行われた場合に真の権利者にその法律効果がどのように帰属するかという問題に対する解答が前提として必要である。表見法理は、これらの行為が無権限で行われた場合に関する法理であり、他人による行為現象のバリエーションとしての権限違反類型と位置づけられるべきである。従来の見解はいずれも、表見法理を第三者保護法理と捉えることを前提とし、真の権利者の帰責根拠を要件の中にいかに盛り込むかを考えてきた。しかし本研究で検討した結果からすれば、真の権利者の帰責根拠として最も基本型といえるのは意思責任であり、表見法理はそれとどこがどう異なるかという視点から捉えられるべきである。問題をこのように捉えるときには、従来、表見法理における帰責に関する統一的な構造が明確でなかった原因は、他人による行為についての統一的な法理が欠如していたからではないかという疑問が生じる。そこで次節では、これまで検討してきた各表見法理における帰責の構造を参考に、民法における他人による行為の全体像を検討することとする。

- (1) 稲本洋之助『新版注釈民法（3）』（二〇〇三年、有斐閣）三二三頁、柳沢秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」志林七〇巻一号七四頁、武川幸嗣

- 「虚偽表示における対第三者効の法構造序説」慶応義塾大学大学院法学政治学論究一
 二号一四三頁、同「フランス法における外観法理と仮装行為理論の関係」同一六号二
 〇九頁、中山布紗「民法九四条二項の第三者」九大法学九一号一一五頁、同「フラン
 ス債務法改正にみる虚偽表示（反対証書）規定とその意義」北九州大学法政論集三五
 卷二・三・四合併号二一六頁のほか、第一章第一節 1—6—1 参照。
- (2) 広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（一九八七年、有斐閣）第九二条理
 由。
- (3) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gezezbuches, I 1888, § 96, S. 192.
- (4) 代表的な見解として、Dernburg, Pandekten, I, 7. Aufl., 1902, § 100, S. 231; Kohler,
 Studien der Mentalreservation und Simulation, Jherings Jahrbuch Bd. 16, S. 91ff
 (§ 3, S. 127ff.) ; RGZ 20, 336, 340. 普通法当時、学説・判例の大勢であったことに
 ついて、Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I, 15.
 Aufl., 1960, S. 1027. また、オーストリア民法（ABGB）九一六条二項もまた、表示
 を信頼して権利を取得した第三者には虚偽表示の抗弁を対抗できない旨を一般的に規
 定している。
- (5) Motive I, § 96, S. 193 ; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des
 Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897, § 17, II, S. 95ff., Vgl. Auch
 Säcker-Kramer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1.
 Halbband, 5. Aufl., 2006, Rdn. 22, S. 1320. 以上のほか、ドイツ法における虚偽表示に
 ついて、第一章第一節 2 参照。
- (6) 法典調査会主査会および総会での議論について、法務大臣官房司法法制調査部監修
 『法典調査会民法主査会議事速記録』（一九八八年、商事法務研究会）六三八頁以下、
 同『法典調査会民法総会議事速記録』（一九八八年、商事法務研究会）五〇五頁以下参
 照。
- (7) 幾代通『民法総則〔第二版〕』（一九八四年、青林書院新社）二四六頁、四宮和夫・
 能見善久『民法総則〔第八版〕』（二〇一〇年、弘文堂）二〇二頁など。
- (8) Protokolle, § 17, II, S. 97.
- (9) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl., 1992, S. 412. 鹿
 野菜穂子「虚偽表示無効」法時六九卷二号五三頁参照。
- (10) Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 89ff. Vgl.
 Auch Säcker-Kramer, a.a.O., § 117, Rdn. 25, S. 1321f.
- (11) 四宮和夫『民法総則〔第四版〕』（一九八六年、弘文堂）一七〇頁、四宮・能見・前
 掲注(7)二〇八頁以下のほか、第一章第二節 1—2 参照。
- (12) この類型は、外形を他人が作出した場合ではあるが、真の権利者がそれを承認して
 いない点で、従来の外形他人作出型とは決定的に異なる。
- (13) 最判昭和四一年三月一八日民集二〇卷三号四五一頁は、このことを明言している。

豊永道祐・最高裁判所判例解説民事篇昭和四一年度二二事件一一一頁、千種秀夫・最高裁判所判例解説民事篇昭和四四年度二四事件二五五頁。

- (14) Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl., 1992, S.404ff..
- (15) 第一章第二節 2—5 参照。
- (16) 星野英一「判批」法協八七卷五号六二〇頁。第一章第二節 1—2 四参照。
- (17) 第三章第一節 2—4、中舎寛樹『民法総則』（二〇一〇年、日本評論社）三五六頁参照。
- (18) これに対して、「権利者から不動産登記に関する取引や事務を広範かつ継続的にゆだねられていた者が権限外の不実の登記を作出しており、しかも権利者がその権限外行為を代理人が容易にすることのできる状況を作り出していた」ことに一一〇条における本人の帰責性との類似性が認められると解することができるという見解として、佐久間毅「民法九四条二項・一一〇条の類推適用」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）四七頁。佐久間毅「判批」NBL 八三四号一八頁以下も参照。
- (19) 同様に、この類型における類推適用の拡大を疑問視する見解として、磯村保「判批」ジュリスト一三三二号（平成一八年度重要判例解説）六六頁、吉田克己「判批」判タ一二三四号四九頁。
- (20) 四宮・能見・前掲注(7)二一一頁は、九四条二項と一一〇条併用型について、何らかの外観（第一の外形）作出に関与していることが帰責性として重要なのか、第三者の信賴の対象となった外形作出に原因を与えているという点が重要なのかが問題であると、後者こそ権利を失う権利者の帰責性として重要だとすれば、③の意思外形非対応型と④の外形与因型とは大きな違いがないことになると指摘しつつ、同・二一二頁以下は、九四条二項と一一〇条の併用型は、従来の意思外形非対応型と同視できる場合に限定されるべきだとする。このような信賴の区別によるならば、本研究は、第三者の信賴の対象となった外形こそが問題であり、したがって帰責性は、第一の外形（ないしそのような外形が作出される状況）に対する帰責性ではなく、信賴の対象となった外形に対する帰責性を問題とすべきであり、かつ、それは原因を与えた程度では不十分であると考ええるものである。
- (21) 四七八条の沿革については、河上正二「民法四七八条」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（一九九八年、有斐閣）一六七頁以下のほか、第二章第一節 1—1 参照。
- (22) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』（一九八四年、商事法務研究会）二六二頁（穂積陳重）。
- (23) 新関輝夫「フランス民法における債権占有」名法四一号一〇九頁以下、河上・前掲注(21)一六九頁参照。
- (24) 椿寿夫『注釈民法（4）』（一九六七年、有斐閣）一三〇頁参照。

- (25) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編（訂正増補版）』（一八九九年、和仏法律学校）二四六頁。河上・前掲注(21)一七〇頁のほか、第二章第一節1—1参照。
- (26) 立法後の学説の展開については、第二章第一節1—1参照。
- (27) 川地宏行「民法四七八条の適用範囲と債権者の帰責事由」伊藤進教授古稀記念論文集編集委員会編『現代私法学の課題』（二〇〇六年、第一法規）二一三頁は、四七八条が問題となる事案を債務者が何を誤認したかによって、①帰属誤認型、②同一性誤認型、③受領権限誤認型に分類し、このような分類は、四七八条の適用範囲を限定的に捉える見解においてすでに見られるとしている。本研究の分類とは名称が異なるが、内容的には同じである。
- (28) 潮見佳男『債権総論〔第三版〕』（二〇〇七年、信山社）三二二頁など。
- (29) 杉之原舜一「判批」判例民事法昭和二年度六二事件三〇六頁。
- (30) たとえば、総合口座取引規定一条（印鑑照合等）では、「この取引において払戻請求書、諸届その他の書類に使用された印影（または署名・暗証）を届出の印鑑（または署名鑑・暗証）と相当の注意をもって照合し、相違ないものと認めて取扱いしましたうえは、それらの書類につき偽造、変造その他の事故があってもそのために生じた損害については、当行は責任を負いません。」と規定されている。
- (31) 沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）九九頁、清水暁「債権の準占有」森島昭夫編『判例と学説民法Ⅱ』（一九七七年、日本評論社）一〇五頁以下参照。
- (32) 近藤英吉「判批」論叢三四卷二号三四六頁。
- (33) 穂積重遠「判批」判例民事法昭和一〇年度三八八頁、末川博「判批」民商三卷三号五〇三頁。
- (34) 岡村玄治「判批」新報四六卷三号一一二頁（一九三六年）、同「債権の準占有者」志林四〇卷三号一頁（一九三七年）。
- (35) 第二章第二節2—2、中舎寛樹「詐称代理人と債権の準占有者」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）七三頁参照。
- (36) 第二章第一節2—1参照。潮見・前掲注(28)三二七頁は、通説が債権者の帰責性を不問とする理由として、①弁済の迅速性・簡便性の要請があることと、②準占有者の出現を取引コストとして受け入れて行動していることをあげている。
- (37) 安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『石田・西原・高木先生還暦記念論文集（下）金融法の課題と展望』（一九九〇年、日本評論社）一六一頁以下、吉田光碩「民法四七八条《債権準占有者への弁済》は、どこまで拡大ないし類推を許すべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望二卷』（一九九一年、日本評論社）二七五頁のほか、第二章第二節2参照。
- (38) 近年の議論状況について、加毛明「預金債権の帰属」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）一四四頁、中舎寛樹「預金担保貸付けと民法四七八条の類推適用」同書七六頁参照。

- (39) 本田純一「指名債権の二重譲渡と民法四七八条」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）七四頁、河上・前掲注(21)二〇〇頁参照。
- (40) 池田真朗「判批」判例評論三四〇号（判時一二二七号）三八頁以下、同「民法四六七条・四六八条（指名債権の譲渡）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（一九九八年、有斐閣）一四〇頁は、この問題は、本来別個独立の規定の相互影響関係を問題とするもので、立法段階では考えられていなかった問題であり、対抗要件の規定による結果が四七八条によって安易に覆されてはならず、四七八条が適用されうるのは、対抗要件の公示に反する外観が作出されている場合に限定されるべきであるとする。本研究の観点からすれば、これは債務者の誤認が単に主観的なものととどまるときは、そのような信頼は保護に値しないという意味に理解することができる。この問題に関する拙稿として、中舎寛樹「判批」私法判例リマークス二一〇号三八頁参照。
- (41) 第二章第二節 2—2、第三節 1—3 参照。
- (42) 第二章第二節 2—3、第三節 1—3 参照。
- (43) 第二章第二節 2—3、第三節 1—4 参照。
- (44) 我妻栄『新訂民法総則』（一九六五年、岩波書店）三六四頁、幾代・前掲注(7)三七〇頁、椿・前掲注(24)九〇頁など。
- (45) 代表的な見解として、安永正昭「越権代理と帰責性」奥田昌道編『林良平先生還暦記念論文集・現代私法学の課題と展望（中）』（一九八二年、有斐閣）一頁以下。
- (46) 佐久間毅『代理取引の保護法理』（二〇〇一年、有斐閣）九二頁参照。
- (47) とくに、高橋三知雄『代理理論の研究』（一九七六年、有斐閣）二四七頁以下。河上正二『民法総則講義』（二〇〇七年、日本評論社）四七三頁、佐久間・前掲注(46)九三頁以下参照。
- (48) 幾代・前掲注(7)三七一頁、河上・前掲注(47)四七三頁参照。
- (49) 林脇トシ子「表見代理についての一考察」法学研究四八巻二号一二七頁は、一〇九条と一一〇条との関係につき、前者の場合は代理権を与えていないのに代理権を与えた旨の表示がなされている場合であり、後者の場合は代理権の範囲について限定しているのにその限定が明らかにならないような表示がなされている場合であって、その趣旨は異ならないとし、また安永・前掲注(45)六四頁も同様に、両条の相違は帰責根拠の観点からはとくに差がないと説く。しかし、これは一一〇条を本人と代理人間における権限の内部制限の場合と同視するものであり、妥当ではないように思われる。
- (50) 第三章第一節 2—2 一、中舎・前掲注(17)三五二頁。
- (51) 第三章第一節 2—2 一、中舎・前掲注(17)三五三頁。
- (52) 司法研修所がこのような見解のようである。山本敬三『民法講義Ⅰ〔第三版〕』（二〇一一年、有斐閣）四二八頁参照。
- (53) 我妻・前掲注(44)三六四頁、河上・前掲注(47)四八八頁参照。

- (54) 我妻・前掲注(44)三六六頁。
- (55) 椿・前掲注(24)一二二頁、幾代・前掲注(7)三七八頁、中舎・前掲注(17)三四七頁など。
- (56) 椿・前掲注(24)一六二頁、幾代・前掲注(7)三八九頁など。
- (57) 安永・前掲注(45)五七頁以下、潮見佳男『民法総則講義』(二〇〇五年、有斐閣)三九〇頁、内田貴『民法Ⅰ(第四版)』(二〇〇九年、東大出版会)一九〇頁など。
- (58) 河上・前掲注(47)四八三頁。
- (59) 椿・前掲注(24)一九二頁、幾代・前掲注(7)三九五頁など。
- (60) 潮見・前掲注(57)三九三頁、内田・前掲注(57)二〇二頁など。
- (61) 制限能力者保護を「帰責可能性の問題」と捉えて、表見代理に内在する問題として同次元で扱おうとするのが安永説など帰責性を重視する考え方である(安永・前掲注(45)五八頁参照)。しかし、帰責の内容を具体的に見れば、代理制度に対する信頼と制限能力者保護とは別の問題であって中身が異なるといわざるを得ない。
- (62) 我妻・前掲注(44)三四六頁。
- (63) 蕪山巖・最高裁判所判例解説民事篇昭和三九年度八一事件三三八頁。第三章第二節4—3二参照。
- (64) 四宮・能見・前掲注(7)三三〇頁。中舎・前掲注(17)三二一頁、三四八頁は、Bを法律効果の帰属主体としつつ、Aは相手方から履行責任を追及されたときはこれを拒むことができないとの解釈を主張しているが、これは実質的にAとBの連帯責任を認めるものである。

第二節 他人による行為と表見法理

1 取引に関する財産管理人の地位

1—1 財産管理に関するアプローチ

一 財産管理権概念によるアプローチ

「取引」に関する「財産管理人」の地位というテーマは、他人の財産の財産管理人が第三者との取引の場面でどのような法的な地位に立つかということであり、財産管理人の行為の対外的効力ということである。すなわち、ここでのテーマは、図式的にABCでいえば、Aの財産管理人Bが第三者Cと取引を行う場合の法律関係はどのようなものか、というものである。BがAとの関係で具体的にどのような取引を行うことができるかは、Aの任意または法律の規定によって設定された権限によるが、第三者Cとの間では、とくに、BがCと取引を行ったその行為名義に応じてAC間の法律関係がどのようなになるかが問題になる。

民法典には「財産管理」というまとまった制度はない。個別的には、不在者の財産管理、相続財産の管理などの法定の財産管理制度がある。また、任意による財産管理としては、委任がその代表的な仕組みであり、代理は財産管理権限の対外的行使の形態として典型的であるが、その他の類似の制度を含めて、それらを財産管理という概念でまとめた一般的規定はなく、財産管理人の種々の行為名義態様に即した規定もない。このことはわが民法の母法であるフランス法、ドイツ法でも事情は異ならないようであり、わが国でこれを財産管理権という類概念のもとで統一的に把握する可能性を提唱したのは、つとに於保不二雄博士の卓越した発想に基づくものである。

於保博士は、「財産管理権論序説」(1)において、市民法体系においては、理念的には、人格・財産主体がその中心的概念と捉えられるが、現実的な資本主義経済社会の財産法においては、財産を中心として、財産主体はその主観的側面として捉えられなければならない、しかも、財産の主体的帰属と財産の管理とが分離するところに財産管理の問題が生ずるとされ、財産管理権概念の確立の必要性を説かれた。そして、財産の帰属と財産の管理との普遍的分化の事象の上に立って、管理権は所有・財産と契約・管理行為との媒介的地位にあるべきものとされたのである(2)。そこで、同博士は、財産を単なる財そのものではなく、「財産的権利・義務または法律関係の集合概念」(3)と把握され、したがって財産管理に関する法律関係を理解するということは、「財産的権利・義務または法律関係とそれを維持し実現するための行為との関係を、財産主体と財産管理者との関係において」明らかにすることであるとされ(4)、財産管理に関する法律関係を探究するということは、「他人の権利を法律行為によって実現すること、即ち、他人の権利を法律行為によってする関係を、権利主体と管理者との関係において、ことに法律行為の代理との関連において、究明する」というところに、その核心は存する」とされたのである(5)。そして、このような財産管理権の発想から、同博士は、財産管理のための法律手段を財産管理の現象的・外形的手段である法律行為と、観念的・内在的手段である管理権との二本建であると理解され(6)、財産管理の法律関係究明の中核に(任意)代理権を置きつつ、授權(Ermächtigung)、追完、相続財産や不在者の財産の管理における法定代理権、事務管理、委任もまたそれと並ぶものとして統一的に理解する方へと向かわれたのである。

以上のような於保博士の財産管理権概念は、資本主義経済社会における財産の中心的位置づけをキーワードにはしているが、それは財産の種類などに応じた管理制度の横断的理解を目指したものではなく、財産管理における「管理」の側面、すなわち、財産をめぐる権利者と管理者との関係の多様性に着目した類概念である。しかもその際に出発点にされたのは、民法上の既存の制度である(任意)代理であり、あくまで民法上の既存の制度を出発点としつつ、他の諸制度ないしは制度の欠缺を補充する概念が代理とどのように関連しあっているかというアプローチを採られたように思われる。ただ、同博士の発想には最大限の評価が与えられている一方、今日、財産管理権概念が説明のための類概念以上のものとして、すなわち一定の法律関係に要件・効果を与えるための概念として機能している

とはいえない。その意味では、財産管理権概念は、概念というよりはむしろ、民法を貫く視点として、民法のそれぞれバラバラに存在しているかに見える諸制度の相互比較による共通性と相違性、および既存の各制度では処理できない問題の存在とそれらを埋める理論の必要性を認識させるという意義が大きかったのではないと思われる。

二 信託からのアプローチ

その後、財産管理人の多様な行為態様に着目した研究としては、四宮和夫博士をはじめとする信託との関係の研究がある。このような信託からのアプローチは、最近とくに、新井誠教授、道垣内弘人教授の研究により大きく進展している。すなわち、四宮博士は、管理者の対外的地位に着目し、信託、代理、授權、間接代理とともに、破産管財人、遺言執行者、相続財産管理人などを排他的管理権者とよばれたうえ(7)、法定されていない場合でも、任意にこのような排他的な管理権を創設しようと主張されつつ(8)、このような者による事務処理の態様および効果は、名義の所在やそれに由来する若干の差異を除けば、信託と同じようなものであるとされ(9)、代理、授權とともに信託が対外的地立の側面においても財産管理制度のひとつであることが確認できるとされた(10)。新井教授は、財産管理制度という概念の有用性を説く見解に組しつつ、とりわけ四宮説に倣って信託制度の重要性を強調され、信託における財産管理の機構の違いは、民法上の制度にも適用可能であり、その点から、民法、信託法等の要件論・効果論は止揚されると主張される(11)。また、道垣内教授は、信託法と民商法とはともに私法体系の一環をなすものととらえ、これらが一体となって形成する矛盾のない私法体系を構想することが必要であるとの考えから(12)、まず信託の受託者の義務の源泉は「信認関係」にあることを明らかにされたうえ(13)、しかし、わが国では、信託法は信認関係にある義務者の義務内容を網羅的・包括的に規定しているわけではないので、信託法理による統一をはかるのではなく、信託は代理・委任・会社等の制度と連続性を有する一連の制度とみるべきであるとされ、各制度において規定されている義務はそれぞれの信認関係上の義務者について規定した例示的なものであり、信認関係に基づいて他人のために財産を管理・運用するという点において、同一目的のために相互互換的に用いられうる複数の類似制度として私法体系上に位置づけられるとされる(14)。したがってまた、このような連続的な制度における各義務者の義務は本質的に同様であり、明示されている各種の義務は他の類似の義務者にも類推して課されることになると主張されている(15)。以上のような主張は、財産管理のための制度としての信託の中核的役割をどの程度強調するかについてニュアンスの差はあるが、いずれも、信託を中心として財産管理の体系を構築しようとする試みであるといっていよいであろう(16)。このような、いわば信託の中に民法を溶かし込んでいこうとするアプローチに対して、民法の制度・規定の側からはどのようなことがいえるのであろうか。

三 授權からのアプローチ

これに応える方向での研究が授權の研究であろう(17)。なかでもその代表的論者である伊藤進教授は、授權概念に関する基礎的研究の域を超えて、民法の解釈論と接続性を持ちうるより具体的な用語として、代理と授權とをともに「他人に代わってする行為」の現象の一種であるにとらえられ、他人による行為をその作用形態によっていくつかに分類し、その中で、明らかな授權と隠れた授權とが許される場合を区別され、民法において授權概念が有用性を持つ場面とその許容性の判断基準を明らかにしようとした(18)。このような研究は、財産管理という観点からすれば、於保博士がもたらしした視点によって、財産管理の一場面であり、その典型的な場合である「他人に代わってする行為」において、財産管理権よりも実効性・有用性を持った類概念を提示しえているといえよう。授權の研究によって、代理を中心とした他人による法律行為に関する民法上の総合的・統一的理解のための基盤が提供され、代理という制度では対処できないが、解釈によって埋められなければならない場合が明確になったという意義は大きい。今日では、授權概念は、少なくとも「研究上の」概念としては定着しつつあるといえるであろう。しかし、他方では、この概念が既存の民法の諸規定とどのような関係に立つのかは必ずしも明確ではなく、また、どのような要件・効果を持つのかについてもいまだ不明な点も少なくないように思われる。

四 民法の既存の制度・規定の機能的連関からのアプローチの必要性

以上のように、財産管理人の行う取引態様の多様性に関する民法の側からの研究は、財産管理権概念および授權概念の研究を通じて次第に進展してきた。これらは、既存の制度や規定にはない制度横断的な概念を新たに設定することによって民法を統一的・総合的に把握しようとの試みであった。しかし、他方、民法の既存の制度・規定からの研究、すなわち、そもそも民法の既存の制度・規定の持つ射程と相互関係とを今日それぞれの制度・規定が実際に果たしている機能の観点から明らかにすることによって、民法がそれ自体どのようにして統一的総合的な体系性を維持しようとしているのかという視点からの研究は、これらの研究に対応して十分行われてきたとはいえないのではなかろうか(19)。

たしかに、於保博士のいわれるような意味での財産管理、またそれをもう少し限定して、伊藤教授のいわれるような意味での他人に代わってする行為に関する民法上の諸制度について、さらには問題をもっと限定して、他人に代わってする行為の対第三者効という問題に限ってみても、それぞれの場面（たとえば代理）では、判例や学説は、当該制度に要請されてきた諸問題解決のために、あるときは制度や規定の元来の趣旨を明らかにしようとするとともに、またあるときは規定の元々の意味を超える解釈論を展開して（拡張解釈や類推適用）、「その制度・規定内で問題を処理する」ことに努力が払われてきた。それは、表見代理における民法一一〇条の解釈の発展、正当理由の研究、一一〇条の類推適用の拡大といったことを想起するだけでも明らかであろう。しかし、これまでのところ、こういったいわば各論的な研究の進展にもかかわらず、各議論の展開を制度横断的に把握するという作業は、あまり重視されてこなかったように思われる。近年では、個々の規定の適用

領域の拡大傾向を背景として、各制度・規定のボーダーが不明確となり、類似の機能を果たす制度と適用領域上の衝突を生じることによって、これらの制度・規定相互の関係がいかなるものであるかが問題になりつつある（たとえば、一一〇条と民法四七八条との関係、民法九四条二項類推適用の拡大と民法一七七条との関係など）(20)。そこでは、民法の制度・規定から出発し、その趣旨と解釈による発展の努力の過程をフォローしつつ、類似の制度との相互関係においてその制度・規定とそれらの総体が今日果たしている機能を明らかにすることが求められているといえるのではなかろうか。このような視点からの検討は、於保博士や伊藤教授が提示された視点、すなわち、「財産管理」ないし「他人に代わってする行為」ということを制度横断的な視座としつつ、手法としては、民法の既存の制度・規定の解釈論の相互関係を明らかにしていこうという作業であるといっていよいであろう。こういった作業を通じて、他人の財産の管理ないし他人に代わってする行為に関する各制度の共通項とそれぞれが果たすべき機能分担およびそれらの限界が明らかとなるのではなかろうか。そしてまた、このような「機能の体系化」ともいうべき作業こそが、於保博士や伊藤教授の提唱された類概念との接合をはかることにつながるのではなかろうか。

そこで、以下では、以上のような広大な問題領域を有する財産管理人の行為の対外的効力に関する問題を財産管理人の行為名義の多様性に関する問題に絞り、近年、民法の既存の規定の解釈が大きく展開され、制度・規定の相互関係が問題となっているいくつかの場面のみを取り上げて、それら相互の機能的な関係・配列はどのようにあるべきかを考えてみることにしたい。具体的には、民法が予定する財産管理の基本型（代理）とは異なる態様の財産管理行為であることを原因として、本人と取引の相手方との間で紛争が生じている場面を取り上げることとしたい(21)。

- (1) 於保不二雄『財産管理権論序説』（一九五四年、有信堂）（初出は、同「財産管理権論序説」末川博先生還暦記念『民事法の諸問題』〔一九五三年、有斐閣〕一八九頁以下）。
- (2) 於保・前掲注(1)二〇頁以下。
- (3) 於保・前掲注(1)八頁。
- (4) 於保・前掲注(1)九頁。
- (5) 於保・前掲注(1)一一頁。
- (6) 於保・前掲注(1)二四頁。
- (7) 四宮和夫「財産管理制度としての信託について」於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題（中）』（一九七四年、有斐閣）二〇頁以下。
- (8) 四宮・前掲注(7)二五頁以下。
- (9) 四宮・前掲注(7)三三頁。
- (10) 四宮・前掲注(7)三四頁。
- (11) 新井誠『財産管理制度と民法・信託法』（一九九〇年、有斐閣）二四頁以下、同「財産管理法学の課題」ジュリスト一〇〇〇号一四三頁、一四七頁。

- (12) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（一九九六年、有斐閣）二頁。
- (13) 道垣内・前掲注(12)二二頁。
- (14) 道垣内・前掲注(12)一六八頁。
- (15) 道垣内・前掲注(12)一六九頁。
- (16) 能見善久「文献紹介」信託法研究二二号一一〇頁は、道垣内教授によれば信託法が中心的役割を果たすというロジックはわが国では適当でないとされるが、類似制度との整合性をはかるための基準としてはやはり信託を中心に考えられておられるのではないかと指摘しており、示唆的である。
- (17) 於保・前掲注(1)二七頁（初出は、同「授權（Ermächtigung）に就て」京大訣別記念『法学論文集』〔一九三三年、政経書院〕二六一頁）、安達三季生「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（３）」志林六一巻二号三一頁、伊藤進「授權（Ermächtigung）概念の有用性」法律論叢三九巻四・五・六号三七三頁（同『授權・追完・表見代理論』〔一九八九年、成文堂〕一頁所収）、広渡清吾「財産管理権論への一アプローチ」論叢八八巻四・五・六号一八四頁、清水千尋「授權（Ermächtigung）に関する基礎的考察」立正法学一二巻三・四号五五頁、一三巻一・二号五五頁、一七巻一・二号二九頁、四号五一頁、二一卷一・二号五九頁、二二巻一～四号六三頁、石田穰「授權について」四宮和夫先生古稀記念『民法・信託法理論の展開』（一九八六年、弘文堂）四五頁、佐々木典子「授權に関するわが国の学説の検討」姫路法学三号一九五頁、同「処分授權についての一考察」奥田昌道先生還暦記念『民事法理論の諸問題（上）』（一九九三年、成文堂）五七頁、同「追完について」姫路法学二三・二四号二九五頁など。
- (18) 伊藤・前掲注(17)『授權・追完・表見代理論』二五頁以下。
- (19) こういった基礎的な検討の必要性は、於保博士だけではなく、前述の信託からのアプローチに属する道垣内教授も認めるところである。
- (20) 椿寿夫「判批」判例評論五六号二二頁は、一一〇条と四七八条との関係について、「対立利益の調節が問題の根本」とされ、より具体的・機能的な分析方向を示唆している。安永正昭「民法における取引安全保護制度」法教一一二号五九頁、一一三号三四頁、一一四号四二頁は、民法における取引安全保護のための諸制度の横断的検討の必要を説き、その共通の問題性、要件効果等における異同を検討する。多田利隆「詐称代理人に対する善意弁済保護の法律構成」中川淳先生還暦祝賀『民事責任の現代的課題』（一九八九年、世界思想社）四一〇頁は、民法の善意者保護制度において対立利益がいかにか調節されるかという観点から、表見代理と四七八条を相互に関連づけて考察する。また、千葉恵美子「預金担保貸付と民法四七八条類推適用の限界」山畠正男＝五十嵐清＝藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅱ』（一九九七年、信山社）一頁のほか、第三章第二節４が四七八条と表見代理との適用場面の相互関係を検討している。

(21) なお、従来、財産管理に関する制度としては、不在者の財産管理や遺産管理などの法定財産管理制度がその典型的なものと考えられてきた。こういった法定財産管理と任意の財産管理との関係をどのように理解するか、たとえば、任意の財産管理に関する理論をそのまま法定財産管理に当てはめてよいのかは、以前から於保博士や伊藤教授などにより指摘されてきた大きな問題であるが、ここでの検討は、任意の財産管理における基本的な法律関係の検討に主眼を置いているので、こういった問題を取り上げることはできない。法定代理に関する文献として、前田泰「法定代理論は、どのように展開されるべきか」椿寿夫編『講座現代契約と現代債権の展望第四巻』（一九九四年、日本評論社）四七頁参照。

1—2 財産管理人の行為の対外的効力に関する民法規定の調整

一 代理における顕名主義とその狭間

財産管理人の行為の対外的効力に関する基本的枠組みである代理は、「顕名」により法律行為を行うことを特徴とする。逆にいえば、財産管理人の行為であっても、この範ちゅうから漏れるものについては、代理という枠組みでは処理できないことになる。簡単に述べれば以下のような問題が生ずる。

① 民法九九条の「本人ノ為メニスル」という規定は、顕名主義を示すものと理解されている(22)。具体的にはA代理人Bと表示して行為する。しかし、実際には、財産管理人の行為態様はこれに尽きるものではない。したがって、代理人が本人名Aだけを表示した場合および代理人名Bだけを表示した場合のほか、はじめから代理によらない場合、すなわち、Aの財産につき、はじめからAの名でBが財産管理する場合、およびはじめからBの名でBが財産管理する場合が除外されることになってしまう。民法では、唯一、「代理人が」自己の名Bのみを「本人Aの了解なく」表示した場合について規定があるが（一〇〇条）、それ以外の場合は代理の規定では処理されない。したがってこのような場合だけでなく、広く（a）財産管理が財産の帰属主体の名で行われる場合、および（b）財産管理が財産管理人の名で行われる場合を現在の民法の既存の規定の枠内でどのように扱うかという問題が生じる。

② 顕名は、行為の相手方に対して、法律効果の帰属主体が行為者ではなく別の特定人であることを知らしめるという意味を持つ。しかし、取引の中には、大量に存在する物で没個性的な物の売買契約など、相手方にとって効果の帰属主体が誰であるかにほとんど関心がないものも存在する。このような取引にあってもなお、顕名の要請をかたくなに堅持することは、かえって取引の促進を阻害する場合が生じる。たとえば、誰と取引するかについてほとんど意味のない取引であるにもかかわらず、きちんとした顕名がない場合に、そのことを理由にして、相手方ないし本人に取引が有効ではないという主張を許すことは妥当でない。したがって、このようなかたちで取引が行われた場合、どのように代理の制

度を排除して実体に即した取扱いをするかが問題になる。

③ 以上のような顕名主義の有する問題点は、さらに上記の①②が複合的に重なり合っても生じうる。たとえば、Aの財産を管理するBがBの名で取引をしたが、相手方にとっては取引の名義はほとんど意味を持たないものであった、といった場合が考えられる。このような場合をどのように処理すべきかは、代理という仕組みだけでは不明確なままである。

以上のような問題点について、判例・学説は、既存の規定の解釈を通して、一種の欠缺補充を行ってきた。以下では、その過程を検討することにする。

二 財産の帰属主体の名で行われた取引に対する調整

(a) 基本的な法律関係

Aの財産を管理するBがA名義で相手方Cとその財産に関する取引をした場合、その取引はAC間で有効になるか。この場合は、従来、「代理」における顕名の例外として議論されてきた。すなわち、判例・学説は、古くから、Bが単に符牒としてAの名義を使用する場合やBがAの使者である場合を除き、BがAの代理人であるときは、なおこれを顕名の手段とみて妨げないとし、代理行為として有効と解している(23)。

しかし、財産管理という観点からこれを見るときには、実際に「代理人」が顕名しなかった場合の意思表示問題として処理する場合は別として、はじめから顕名をしないことを意図しているような場合をとくに「代理の一場合」と見る必要はなく(24)、「代理と並ぶ」財産管理人の行為の一態様ととらえるべきであろう。ただ、これを民法の既存の制度の中で法律構成しようとするときは、適切な条文がない。結論からいえば、本人と財産管理人との間にこのようなかたちで取引が行われることにつき了解があり、その了解そのままに取引が行われたときは、少なくとも本人と財産管理人間では問題がないので、財産管理人が行った取引の法律効果は直接本人に帰属させることが合理的であるし、相手方にとっても通常は行為の名義、すなわち本人に法律効果が帰属することを期待しているといえる。そのような意味においては、本人と相手方との間に直接の法律関係を発生させることが合理的であり、法律構成としては「代理の類推」とするのが妥当であろう（実際には紛争にならないことが多いであろう）。

ただし、代理と異なるのは、相手方が行為の名義ではなく、行為者の性格など、その個性に着目して取引を行ったような場合には、相手方からすれば、法律効果が本人に帰属したのでは困るということがありうるという点である。このような場合は、当然のことながら代理では問題とならない特殊な問題であるので、代理法理の借用では解決できないが、錯誤（民九五条）の問題になりうるという処理をしておけば足りるであろう(25)。

なお、代理人が過誤で本人名のみを表示した場合ではなく、はじめから本人名で取引することが了解されている場合の中には、本人のための財産管理としてではなく、行為者の利益のために、すなわち行為者に法律効果を帰属させるつもりで取引がなされる場合があ

る。いわゆる名板貸がそれであり、商法には規定がある（商法二三条〔注記 現商法一四条、会社法九条〕）。この規定は、昭和一三年の商法中改正で新設されたものであり、それ以前は、判例・学説は、代理の法理や使用者責任の借用によって問題を処理していた(26)。商法学者の間では、今日、名板貸は営業主体の誤認に関するものであり、その点で代理権の誤認である表見代理とは異なると解されている(27)。したがって、商法のような規定のない民法では、名板貸の場合をどのように法律構成するかは依然として残されたままになっている。しかし、本研究のような本人の財産管理という視点からすれば、代理によるのであれ本人名義であれ、本人の財産管理であるか否かが重要であり、この点で、本人の財産管理にかかわらない名板貸は、財産管理の場合と決定的に異なるところの、名義を他人に貸した者の責任の問題である(28)。したがって、名板貸の問題は、代理とそのバリエーションという問題ではあっても、ここでの問題ではなく、これ以上扱わない。

（b） 管理権限に違反した場合

上記のような、本人名義で行われる財産管理形態で最も問題になるのは、財産管理人が付与されている管理権限に違反して取引した場合に本人にどのような法律効果が生じるかである。財産管理が本人の名で行われる場合の基本的な法律関係を代理の類推によって処理することが合理的であるとする以上、財産管理人がその権限に違反して取引をした場合も、代理の類推によって処理するのが筋である。

はたして、判例・学説は、古くからこの問題を表見代理の規定の類推適用によって処理してきた(29)。すなわち、判例は、たとえば、①実印と代金を預かって登記手続を委託された者が、本人を装って相手方との間で取引に関する特約を締結した場合（大判昭和八年八月七日民集一二巻二二七九頁）、②担保権設定のために実印と権利証を交付された者が、本人名で権限外の連帯保証債務を負担した場合（大判昭和十三年一月一〇日判決全集五輯二四号三一頁）、③代理人が権限を踰越して署名代理で約束手形を振り出した場合（最判昭和十三年九月一五日民集一八巻七号一四三五頁）、④消費貸借契約締結と担保権設定を委託された代理人が、本人の名で山林を売却してしまった場合（最判昭和四十四年一月一九日民集二三巻一二号二五三九頁）、⑤代理人が他の用件のために預かっていた実印を用いて、本人名義で連帯保証契約を締結した場合（最判昭和五一年六月二五日民集三〇巻六号六六五頁）、⑥代理人が本人の名で自己の営業資金を借り受け、土地に抵当権を設定した場合（東京高判昭和五二年八月三十一日判時八六八号三〇頁）、⑦不動産を担保として金員を借り入れる代理権を付与された者が、本人と称して第三者の債務のために不動産に根抵当権を設定した場合（秋田地判昭和五八年一月二六日判時一一一九号一二七頁）、⑧代理人が他の者と共謀し、その者が本人と称して金員を借り受け、不動産に根抵当権を設定した場合（東京地判昭和六二年六月二九日判時一二七〇号九六頁）に一一〇条を類推適用してきた。

このような場合の中にも、本人名義で取引する権限が与えられていたのに、その権限に違反した場合（①②③がこのような場合であると思われる）と、本人名義で取引することがはじめから許されていなかったにもかかわらず本人の名義で取引した場合（②④⑥⑦⑧

がこのような場合であると思われる)とがある。これらの区別は、財産管理人が権限内の行為を行った場合には、(a)で前述したように、若干の構成上の違いを生じる。しかしいずれの場合も、当該取引行為に関しては、本人名義でなされ、本人の了解がないという点で共通するので、相手方との関係を考えるに当たっては、これらを区別する必要はない。以上のようにこの問題を(一一〇条を中心とする)表見代理の類推適用によって処理する判例に対しては、学説上もこれに反対する見解は見当たらない(30)。

以上のような判例・学説の対応は、(a)の基本的な法律関係を代理の類推でとらえる考え方を前提にしており(31)、その表見代理への当てはめとして当然の結論ではある。しかし、より重要なのは、これらの判例の意義は、③の調査官解説が指摘するように、「代理人が本人の名で越権行為をした場合に本人の責任を認めるためには、相手方においてこれを本人自身の行為と信ずるにつき正当の理由があることを要し、それで足りるという理論を打ち出したところにあり、印類の交付とか、本人の名をもってする行為の許容とかいう本人対代理人間の内部関係に存する特殊性には必ずしも拘着する必要はない」(32)という考え方を採ったところにある(33)。本研究のように財産管理という観点から見た場合でも、第一次的な問題は、通常の表見代理の場合のように代理権という管理権限の存在を信じたのか、そうではなく、ここでの場合のように本人の行為であると信じたのかという、相手方の名義に対する信頼の違いにあるのではなく、いずれの場合にも、当該財産についての財産管理権限がある(ただし、②③⑤では「財産」の処分ではなく、義務設定のみが問題となっている)と信じたことにある。表見代理規定をそのような意味において広く理解し、具体的にはその類推適用と法律構成することには、合理性があろう(34)。ただ、第二次的な問題としては、名義に対する信頼の違いは、本人の帰責性と相手方の正当理由の存否を判断する際に考慮される具体的な事情の違いとして現れると解すべきであろう。すなわち、本人名義で行為が行われた場合には、相手方にとって、代理権限を有していることについての信頼は問題にならず、本人だと信じるにつき正当な理由が存すれば足りるが、他方では、本人が責任を負うためには、単に当該管理権限の逸脱についての帰責性があるだけでなく、本人名で行為させてしまったことに対する帰責性もまた要求されると解すべきであり、表見代理の類推適用の有無は、この相関関係において判断されることになる。前述の、本人名義で取引することが許されていたがその権限を逸脱した場合と、本人名義で取引することが許されていなかった場合との違いは、ここで現れることになる。すなわち、前者の場合のほうがより容易に表見代理の類推適用が認められるという結果になろう。以上をまとめれば、本人名義で、管理権限に違反する取引が行われた場合には、法律構成としては、表見代理規定の類推適用の問題とするが、具体的な判断の場面では、本人名義によったという特殊性に応じた判断をすべきであるということになる(類推適用が否定されたときは、無権代理の類推適用によることになる)。

なお、管理権限に違反して取引がなされた場合であっても、椿寿夫教授のいわれるような「有権代理への繰り込み」(35)と同様の認定作業によって、ここでの場合を前述(a)の

基本的な法律関係に移行させる操作は、大いにありうることであるというだけでなく(36)、通常の代理形式による取引が行われた場合よりもここでの場合のほうが妥当する範囲が大きいであろう。すなわち、本人名義で取引が行われた場合で、当該取引行為が権限の範囲の問題としてはさほどの争点とならず、本人名義での行為を許容していたかどうかの主たる争点になったような事案では、表見代理という構成で本人の責任を肯定するよりも直截であり、かつ、相手方の主観的な態様を問題にする必要もなく（本人名義の許容という点についてはそもそも相手方の過失の有無を問題にすべきでない）、簡便だという意味で実益が高いといえるであろう。

三 財産管理人の名で行われた取引に対する調整

（a）基本的な法律関係

Aの財産を管理するBがB名義で相手方CとAの財産に関する取引をした場合には、A・C間の関係はどうなるであろうか。この場合が、授權（*Ermächtigung*）理論が主として論じてきた場合である。伊藤教授は、このような場合を規定した既存の規定として、商法五〇四条、民法七六一条を挙げられているが(37)、たとえそのような理解を是認するとしても(38)、これらは商行為、夫婦間の日常家事に関する限られた範囲の規定であり、一般的にどのような関係が成り立つかについては別に考察されなければならない。そこで、同教授は、まず授權者の行う行為には人的要素の重視される行為と重視されない行為（現実売買など）とがあるとされ、後者の場合には、代理の顕名主義の例外として、いわゆる隠れた授權（授權であることが相手方に開示されていない場合）が認められるが（この人的要素が重要でない取引という視点はきわめて重要であり、後述四で別に取り上げる）、前者の場合には、明らかな授權（授權であることが相手方に開示されている場合）のみが認められるとされる(39)。そして具体的な効果としては、両者の場合とも、授權者と相手方との間に直接の法律関係が生じるとされるのである。

伊藤教授の見解は、具体的な結論において妥当であろう。しかし問題は、民法の既存の規定の枠内で解釈論的にこれをどう根拠づけるかである。この点につき、石田穰助教授は、民法一〇〇条の場合は「代理人」に関する規定であるが、行為者が本人のためにする意思を持って自己の名で行為する点で授權とほとんど同じであるとされ、同条による法律構成を主張されている(40)。それによれば、被授權者が授權の権限内の行為をした場合を四つに分けられ、①相手方が授權であることにつき善意無過失である場合、一〇〇条本文の趣旨により、相手方を害しないときは、被授權者と相手方との間で法律関係が生じ、相手方を害するときは、相手方の選択により授權者または被授權者と相手方との間で法律関係が生じる。②相手方が悪意かつ重過失である場合（明らかな授權）には、一〇〇条但書の趣旨により、授權者と相手方との間で法律関係が生じる。③相手方が善意だが軽過失がある場合には、相手方を害しないときは、被授權者と相手方との間で法律関係が生じ、相手方を害するときは、被授權者が同意すれば被授權者と相手方、同意しなければ相手方の選択に

より行為は無効となるかまたは授權者と相手方との間で法律関係が生じる。④相手方が善意だが重過失がある場合には、一〇〇条但書と同じく、授權者と相手方との間で法律関係が生じる、とされるのである。これは明らかな授權と隠れた授權との区別を基本としつつ、相手方の過失の有無・程度を加味した分類であり、多少わかりづらいものとなっているが、まとめれば、相手方が「悪意または重過失」であるか、または「善意であっても相手方を害しないとき」もしくは「善意であっても相手方を害するときでも相手方がそれを選択したとき」は、授權者と相手方との間で法律関係が生じ、それ以外の場合には被授權者と相手方との間で法律関係が生じるとされる(41)。

たしかに、他人のために自己の名で行為する場合を大別すれば、①自己の名で行為することにつき当事者に合意がある場合と、②合意がない場合（民法一〇〇条の場合）とがあるであろうが、これらは外形的には異なるところがない。しかし、②の代理の場合には、本人が授与した権限は代理権であって、行為者が自己の名で行為することを容認していたわけではない。それにもかかわらず、①の場合にも民法一〇〇条に則った構成をしてしまうと、この点に対する構成が捨象されることになる。授權においては、行為者の名で行為することを合意しているという点こそがその特徴であり、この合意の法的な意味を明らかにすることが重要ではないかと思われる。具体的にも、たまたま代理人がその名で行為した場合よりも、はじめから自己の名で行為することを合意していた場合のほうが相手方に対する本人の責任の程度は重くてしかるべきであり、それを法律構成に生かすべきであろう（このような合意がないにもかかわらず自己の名で行為した場合については、後述の(c)で述べる）。

この点の区別をしたうえで、民法の既存規定との関係を明らかにしようとしているのが三宅正男教授である(42)。同教授は、授權概念について、同概念は所有権の移転につき物権行為主義を採るドイツ民法の下で、たとえ所有者が売却を委任した場合でも他人の物の売買として所有権移転の効果が委任者に生じないことになる不都合を回避するための議論であり、所有権移転に意思主義を採るわが国では無用な概念であるとの立場から、授權に当たる場合を委任の解釈の問題としてとらえる解釈論を展開されている。それによれば、委任に基づき受任者が自己の名で行う契約は、相手方が委任であることを知らない場合と知っている場合とに区別される。そして、前者は虚偽表示の一種であり、相手方は九四条二項の類推適用によって保護され（受託者と相手方との間で法律関係が生じる）、後者は問屋取引の場合であるとされ、とくに後者の場合には、一面では契約当事者が誰かという点で代理と異なり、一面では相手方が委託であることを知っているという点で代理と同一性を有するという特殊性がある特殊な委託である（委託者と相手方との間で法律関係が生じる）とされる。

三宅教授は授權概念を否定されるが、内容的には、伊藤教授が隠れた授權と明らかな授權とに二分されているのと同ならないものとなっており、具体的な結論としても妥当ではないかと思われる。しかし、問題は、「相手方」の知・不知によって「当事者間」の法律関

係が異なるとされることの根拠にあるように思われる。たしかに両者では、相手方の信頼の種類が違うことはいえても、それがなにゆえ両者の法律関係を決定的に異なるものとする理由になるのであろうか。同教授が区別される二つの場合のうち、一方が一種の虚偽表示であるならば他方もまた虚偽表示であり、あるいは、一方が特殊な委託ならば他方もまた特殊な委託というべきなのではなかろうか。

思うに、以上のような伊藤教授や三宅教授の結論を導き、かつそれを既存の法規において根拠づけることができるのは、Aの財産を管理するBがB名義で相手方CとAの財産に関する取引をした場合には、これらの者の関係は端的に虚偽表示であると構成することではなかろうか(43)。虚偽表示は、伝統的には、意思表示における意思欠缺の一場合とされ、執行免脱のための不動産登記名義の移転のような場合を典型的な事例として、外形的な意思表示の無効という側面が強調されてきた。しかし、当事者間に隠された秘密の合意がある場合には、このような隠匿行為それ自体は有効であるとも解されてきた。これらのことを有機的に結合して考えるならば、虚偽表示は、当事者が第三者に開示しない合意をしつつ、外形的にはこの合意と異なる表示をした場合に関する基本規定として理解することが可能となる(44)。Aの財産を管理するBがAとの合意の下でBの名でAの財産につき行為する場合は、A・B間には、Aのために行うという秘密の真の合意があり、しかし対外的には当該財産がBのものであるという外形が作出されているといえる(45)。三宅教授は、相手方が委任であることを知っている場合を問屋取引であるとされるが、私見では、商法上の問屋（商法五五一条以下）は、「自己ノ名ヲ以テ他人ノ為メニ」物品の販売・買入をする者であり、前述のような意味での虚偽表示に当たるが、それが定型化してひとつの取引形態として認知されたものとみるべきであるように思われる。従来虚偽表示に関する膨大な判例も、詳細に分析してみるとときには、実際にはこのような行為に関する規定として機能しており、通常伝統的に典型例として考えられてきた執行免脱のための財産名義の移転などの事例は、むしろ特殊な場合に属するものであったように思われる(46)。

このように解するときは、A・B・C間の法律関係について、相手方CがB名義に関するA・B間の合意を知らない場合、および知っている場合をともに同一の法律構成で簡明に根拠づけることができ、しかも具体的な問題解決のためにも有用である。すなわち、相手方が本人と行為者との関係、すなわち他人の財産管理の一環としての行為であることを知らなかったときは、本人は自己がその財産の所有者であることを相手方に対抗できず、法律関係は行為者と相手方との間で成立する（九四条二項）(47)。相手方が本人と行為者との関係を知っているときは、本人は、行為者の行為が委託にすぎないことを相手方に主張でき、その場合は、代理ではないが、実体としてはこれにきわめて近いものになるので、法律関係は、本人と相手方との間で生じると解すべきであろう（そのような委託契約であると構成するよりない）。

（b） 管理権限に違反した場合

上記のような構成は、財産管理人がその管理権限に違反した場合の法律関係において、

より妥当性を見い出すことができる。すなわち、本人と財産管理人との関係を虚偽表示であると解するときは、まず、相手方がこの間の事情につき善意であれば（隠れた授權の場合に相当する）、本人は、そもそも相手方に対して財産管理人の行為が財産管理人自身のための行為ではなく本人のための行為であること「すら」主張できないので、財産管理行為であることを前提として財産管理人の権限違反を主張できるいわれはなく、法律関係は権限違反にもかかわらず財産管理人と相手方との間で生ずる（九四条二項の「適用」）。また、相手方が悪意であるときは（明らかな授權の場合および隠れた授權で相手方が授權を知っている場合に相当する）、本人はなされた行為が本人のための財産管理行為であることを相手方に主張できる結果、これらの者の間の関係は、前述のように、代理ではないがこれときわめて近い関係になるので、権限違反があった場合には、一一〇条をはじめとする表見代理の規定を類推適用し、財産管理であることについての悪意とは別に、管理権限違反の点につき相手方が善意無過失であるならば、法律関係は本人と相手方との間で生じると解すべきであろう（表見代理規定の類推適用）。

以上のような結論と法律構成は、結果において、授權において隠れた授權と明らかな授權とを分けることに対応しており、また、前述の学説においてもすでにほぼ同様のかたちで主張されているところである。すなわち、石田助教授は、隠れた授權の場合の権限違反については、授權者は被授權者に法律効果が帰属する旨の信頼を与えているとして、一一〇条ではなく九四条二項類推適用による処理を、明らかな授權の場合の権限違反については、授權者に法律効果が帰属する旨の信頼を与えているとして、一一〇条の類推適用による処理を主張されている(48)。また、授權理論を採らない三宅教授も、相手方が委任であることを知らない場合は一種の虚偽表示とされ、また相手方が委任であることを知っている場合は一面代理と同一性を有する特殊な委任とされつつ、この場合で受託者に委託違反があったときは、一一〇条の類推適用を主張されている(49)。しかし、これらでは、相手方の知・不知によって法律構成を区別する根拠を明確に提示しているとはいえない。両者の場合がともに、代理に類似した特殊な財産管理形態の虚偽表示であると構成することによって始めて、相手方の善意・悪意に応じた九四条二項と一一〇条の使い分けを明確に位置づけることができるように思われる。

（c） 財産管理人の名義で行為することが了解されていない場合

Aの財産について、Aの了解なくBが勝手にB名義でCと取引をした場合は、基本的には、他人の物・権利の処分であり、BC間で債権的な法律関係を発生させても、その財産についてAに直接的な法律効果は及ばない（民五六〇条以下。動産については民法一九二条があるが、この問題については、後述の四で述べる）。しかし、AB間に一定の関係があるときは、このような行為もAに対して一定の効果を及ぼすと解すべき場合がありうる。このような場合のうち、とくに当該財産が不動産である場合の問題解決のために判例上機能してきたのが民法九四条二項の類推適用である。

九四条二項類推適用は、従来、わが国では不動産登記簿に公信力が認められていないこ

とを補うものとしての側面が強調されてきた。たしかに、最高裁はいくつかの判決を段階的に出しつつ、類推適用という名の下に第三者の登記名義に対する信頼を保護する理論を極限にまで発展させてきた(50)。しかし、表面的には公信力との関係が注目される一方、判例は、下級審判決を含めて見たときには、実際には、類推適用の範囲をかなり限定して考えるようになってきている（**注記** いわゆる外形与因型に関する最判平成一八年二月二三日民集六〇巻二号五四六頁が出現するまでの傾向である）。すなわち、これまでの判例から九四条二項類推適用のための要件を整理すると、①虚偽の外形が存在すること、②虚偽の外形が真の権利者の意思に基づくことまたはその承認があること、③第三者が善意であること、という共通項を見い出すことができるが、その中でとりわけ②の要件に関して、虚偽の外形を真の権利者が作出したのではなく、他人が作出した場合（いわゆる外形他人作出型）の真の権利者の「承認」について、注目できる傾向が見られる。「承認」について、最高裁は、事前でも事後でもよく、また明示でも黙示でもよいとしているので（最判昭和四五年四月一六日民集二四巻四号二六六頁、最判昭和四五年九月二二日民集二四巻一〇号一四二四頁、最判昭和四八年六月二八日民集二七巻六号七二四頁、最判昭和六二年一月二〇日訟月三三巻九号二二三四頁など）、これをそのまま個々の事案に当てはめると、真の権利者の承認が簡単に認定されることになり、類推適用の要件としての歯止めに欠けるのではないかという指摘が学説からなされている(51)。しかし、最高裁のこのような一般的基準にもかかわらず、実際には、近時の下級審判決では、真の所有者の外形に対する承認を厳格に解して類推適用を否定するものが増えており、その傾向は近年ますます強まっている(52)。これらではいずれも、外形に対する真の権利者の意思関与か積極的容認が必要であるとして、最高裁が掲げた承認という要件を具体的な運用の場面では限定的に解するものである。これを真の権利者とどのような関係にある者が真の権利者の権利を第三者に処分したのか、という角度から見ると、それは、真の権利者とまったく無関係の者ではなく、当該権利に関して實際上管理権者として行動していた者、すなわち代理における表見代理人に近いような者であることが注目できよう。他方、第三者の保護要件に関しては、最高裁判決では、一一〇条との併用型類推適用の場合を除き、九四条二項のみの類推適用では、これを善意のみで足りるとしており、無過失を要求していない。しかし、この要件についても、近年では、下級審判決を中心に、真の権利者の意思関与度が低い場合には、これとの相関で、第三者の保護要件として無過失を加えるようになってきている(53)。

以上からすると、九四条二項類推適用は、今日では、虚偽の登記名義に対する信頼を保護し、真の所有者に結果責任を負わせるというよりも、むしろ、真の権利者の意思と第三者保護の調整という民法の伝統的な問題の中で、本来の虚偽表示と表見代理との狭間にあっていずれの適用をも受け得ないような場合について、真の権利者の意思責任ないし行為責任を肯定するための調整法理として機能しているように思われる。具体的には、虚偽の外形が真の所有者の意思に基づき作出されたが、名義人との通謀がないため九四条本来の事例とはいえないような場合、および他人によって自己の財産が処分され、このことにつ

き真の権利者に帰責事由があるが、虚偽の名義がいったん他人名義で作出されているため表見代理本来の事例とはいえないような場合に、真の権利者の帰責性の程度に応じて第三者の善意または善意無過失を要件として類推適用が認められているのである。これは、ちょうど、前述の（a）（b）における九四条二項と一一〇条の使い分けの狭間を埋めるものとなっており、本研究の観点からすれば、九四条二項類推適用は、財産管理人の行為態様の多様性に応じて、民法の既存の規定の側から、しかも既存規定ではまかないきれない場合を補充するために機能しているものと評価しうるのである(54)。

最初の事例に戻れば、Aの財産について、Aの了解なくBが勝手にB名義でCと取引をした場合、Aがその財産につきB名義を作出したか、Bが作出したがAにはBがそうすることにつき帰責性がある場合には、相手方Cの善意または善意無過失を要件として九四条二項が類推適用され、前述（b）におけるいわゆる隠れた授權において被授權者が権限に違反した場合のように、BC間で法律関係が生じ、このことにつきAは自己の財産であることをCに主張できないということになる。

（d） 財産管理人の行為が後で追認された場合

Aの財産について、Aの了解なくBが勝手にB名義でCと取引をした場合でも、後にAがこれを追認した場合には、いわゆる追完の問題となる。このような追認があった場合、当該行為がAC間で有効になることについては、今日異論がない。しかし、具体的には、無権代理行為の追認（民一一六条）のように遡及的追認を認めるか否かについて議論があり、また、それを認めるにしても、この間の基本的な法律関係が無権代理行為の追認の場合とどのような理論的關係にあるかについて争いがある。

古くは、学説上、非権利者による処分は当然無効であり、ただ、追認のときになお処分意思があれば、その時より効力を生ずる（民法一九条ただし書どおりになる）と解されていたが、田島順博士(55)、於保博士(56)によって追完の概念がわが国に紹介され、この概念によって遡及的追認が認められうることが主張されて以来、議論が盛んになったのは周知のとおりである。そして、判例は、大判昭和一〇年九月一〇日民集一四卷一七一七頁と最判昭和三七年八月一〇日民集一六卷八号一七〇〇頁によって、非権利者の処分について追認があった場合に民法一一六条の類推適用を肯定し、遡及的追認を認めていると解されている(57)(58)。

これに対して学説は、今日では、結論的には一一六条の類推適用を認めつつ、その際の考え方は、大きく分けて、①取り消しうべき行為の追認と異なり、効力のない行為に効力を生じさせるという意味で、無権代理の追認と無効行為の追認は本質的に同じものであり、一一六条は、無効行為一般の遡及的追認に関する規定として、代理の場合にとどまらず、非権利者による処分にも類推適用されるとするもの(59)と、②無権利者による処分と無権代理とは、処分権を有するか否かという点では異ならないが、前者は行為の効果が行為者自身に帰属すべきものとしてなされ、後者は本人に帰属すべきものとしてなされる点において本質的に異なり、追認ではなく、譲渡、時効、相続などの場合には同様に擬律し得な

い以上、より根本的な原理によらざるを得ず、一一六条を類推適用すべきか否かは事案によるとして、安易に同条を類推適用することを批判するもの(60)とに分かれる。

以上のように、学説は、無権利者による処分の追認に対して、結論的には一一六条の類推適用を肯定するが、その理論的根拠については、議論が分かれている状況にある。思うに、従来の議論は、遡及効の有無の観点からのみ一一六条によるか一一九条但書によるかが議論されてきた傾向があるのではなかろうか。しかし、本研究のように、Aの財産について、BがB名義でCと取引した場合の法律関係を、AB間に名義についての了解がある場合にはこれを虚偽表示と構成し((a))、管理権限に違反した場合を九四条二項により処理し((b))、名義についての了解がない場合を九四条二項類推適用がありうる場合の問題として理解する((c))というように、権利者Aの了解の内容の違いに着目する立場からすれば、ここでの場合もAの追認が無権代理の追認とどのように類似しまたは異なるかによって、場合は三つに分かれ、その違いによって、適用条文が分かれるように思われる(61)。すなわち、ひとつは、BがB名義で行為する権限をAが追認した場合であり、これは、いわば「虚偽表示をするという追認」を与えたともいうべき場合である。この場合には、(a)で述べたように、相手方Cが善意であれば、法律関係は外形どおりBC間で成立し、これに対して真の権利者であるAは自己が権利者であることをCに主張できないと解すべきであり(悪意であれば、追認により補われたAC間の委託関係を主張できる)、Aの追認は、無権代理行為の追認と同様、行為者の行為が権限の伴うものであったことを追認することにほかならないので、一一六条の類推適用によるのが妥当であろう。第二は、BがB名義で行為することについてはAが了解していたが、Bに権限違反があった場合に、この違反行為を追認した場合である(いわゆる「虚偽表示の追認」の場合)。この場合は、(b)で述べたように、相手方Cが善意であれば、(a)と同様の結果となり、悪意の場合には、代理ではないがこれときわめて近い関係になるだけなので、追認があった場合はやはり一一六条の類推適用によるのが妥当であろう(62)。第三は、AがBの行為を自己の行為として追認した場合、すなわちAC間で法律関係を成立させようとする場合であり、この場合は、無権代理行為の追認とは異なり、行為者以外の者が新たな法律関係を形成することにほかならないので、法律関係は、(相手方Cを害しない限り)一一九条ただし書の原則に立ち戻って、追認の時から発生すると解すべきではなかろうか(63)。

四 顕名が重要でない取引に対する調整

(a) 基本的な法律関係

Aの財産についてBがCと取引した場合でも、Cにとって契約の相手方がAであるかBであるか等の行為名義に重要性がない場合がある。このことは、伊藤教授がつとに指摘されてきたところである(64)。同教授は、広義の授權の中で、代理が人格に着目したものであるのに対して、授權(Ermächtigung)は処分の目的物に関係するものであり、現実売買のように相手方にとって人的要素の重要視されないような行為においては、顕名主義を無視

して、隠れた授権が許されるとされる。そして、処分行為（直接に権利の変更・移転・消滅等の法律効果を発生させる行為とされる）は、権利の変動のみを目的とするので、処分権さえあれば直ちにその効力を生じさせてよく、それ自体で自己完結的な性格を持ち当事者を拘束するような結果を将来に及ぼさないの、処分行為においては処分する者が誰であるかという人的な要素は重要なものとならないとされ、隠れた授権は原則として処分授権において認められるとされている。

処分行為ではすべて人的な要素が重要でないといえるかどうかについては、疑問があり（不動産取引における登記名義など）、また、本研究では授権という概念を用いないが、取引の中には、人的な要素の重視される行為と重視されない行為とがあるという指摘は、本研究の立場にとってもきわめて重要である。というのは、後者のような取引にあっては、前述の一における顕名主義の狭間の指摘、および二や三のような区別に応じた既存規定に基づく法律構成はすべて意味を持たず、ただ、取引行為者に処分権があるか否かだけを問題にして法律構成すれば足りるからである。こういった取引においては、代理の類推と構成するか、虚偽表示と構成するか、また権限違反行為などに対して表見代理規定を類推するか、九四条二項を利用するかなどの問題を持ち出すこと自体、取引の実体には合わず、AがBに財産の処分権限を付与していた場合には、まさに当該行為者Bには、Aの財産を処分する権限があったとだけ構成しておけば足りるのである（誰との間で取引が成立したのかという問い自体に意味がない）。

問題は、具体的にどのような取引がこれに該当するかであるが、通常、特定動産の売買などはこれに該当するといえるであろう(65)。しかし、それ以外にどのような取引がこれに属するかは、ここで早計に特定することはできない。そこで、本研究では、特定の動産以外の財産に関する取引ではあっても、顕名が問題とならないことに着目した処理が判例上なされているのではないかと思われる顕著な例を挙げておくこととする。それは預金取引である。

Aの金銭をBがB名義や架空名義、第三者名義でC銀行に預金した場合に、預金者は誰かが議論されている。これについては、周知のように、判例は、「預金契約においては、契約締結段階では銀行は預金者が何人であるかにつき格別利害関係を有していない」という預金契約の特殊性から、いわゆる客観説を採り、原則として出捐者であるAが預金者であるとしている（最判昭和三二年一月十九日民集一一卷一三号二二七八頁、最判昭和四八年三月二十七日民集二七卷二号三七六頁、最判昭和五二年八月九日民集三一卷四号七四二頁、最判昭和五三年五月一日判時八九三号三一頁など）。これに対して、学説では、これに賛成する者も多いが、他方では、客観説は契約成立の一般理論に反するとか、客観説を採るにしても、預金者が誰かに銀行が関心を有する場合には客観説は妥当しないといった批判があり、原則としてBを預金者とする主観説などが主張されてきた。しかし今日では、判例としてはもはや確定した状況にある(66)。このことの意味は、本研究の観点からは興味深い。すなわち、判例は、預金者は出捐者Aかまたは預金名義人ないし預入行為者であるBのい

ずれであるかを論ずるというよりも、むしろ、預金取引という大量化・没個性化した取引にあっては、誰となら取引するが誰となら取引しないということはなく、金銭を持っている者となれば誰とでも取引するという即物的な取引であるという点が特徴的で特殊であり、顕名が問題にならなくなっているという理解を前提にして、少なくとも契約締結時においては預金者は誰でもよく、強いて言うなら（これは後述の（b）権限違反の場合に連動してくる）、目的物である金銭という財産のもともとの権利者（価値の実質的帰属者）(67)であるAを預金者としておけば足りるという判断をしていると解することができるのではなかろうか。そしてこれは、ここで扱っているような、人的な要素が重要視されない取引の一場合といえ、したがって契約の一般理論、すなわち本研究でいうところの顕名の狭間から生ずる諸問題に対する調整的な法律構成が不要な場合であるといえるのではなかろうか（授權理論でいえば、処分授權で隠れた授權がなされている場合に該当するということになる）(68)。

（b） 権限に違反した場合および権限が付与されていない場合

以上のことは、Aの財産についてBがこれをB名義でCと取引した場合で、AB間に財産管理・処分の権限がはじめから付与されていないか、またはBがその権限に違反して取引した場合の法律構成について、より一層適合するように思われる。すなわち、特定の動産取引については、すでに民法上このような場合を取り扱うための規定として一九二条が設けられており、これについて詳論する必要はない。同条は、顕名が重要でない取引において、真の権利者Aと行為者Bとの人的関係がどのようなものであったか、すなわち、Bの名での取引についてAが了解を与えていたのかとか、どの程度関与していたのかを問題にすることなく、相手方CがBによる物の占有に信頼して取引したときにCを保護しており、まさに、人的要素が重視されない取引においては顕名が問題とならないことを示している。

そしてこのことは、前述の預金契約の場合にもまた当てはまるように思われる。判例は、出捐者Aと異なるBが預金の預入れないしB名義で預金した場合の預金者をAであると認定しつつ、預入行為者ないし預金名義人Bに対して払戻しがなされた場合、および預金担保貸付がなされた場合に、四七八条を利用して銀行Cの保護をはかっている(69)。判例は、客観説により出捐者が預金者とされることによって損なわれる銀行の信頼を預金の払戻しまたは預金担保貸付段階で保護して、結果的には預入行為者ないし名義人が預金者であるという取扱いを是認し、客観説によって一律に預金者が出捐者Aとされることによる硬直性を実質上修正しているといえる。具体的には、払戻しにおいて、預入行為者ないし預金名義人Bが預金者として払戻しを受けた場合だけでなく、BがAになりすました場合（最判昭和四一年一〇月四日民集二〇巻八号一五六五頁〔債権証書の持参人〕）や、BがAの代理人であると詐称した場合（最判昭和三七年八月二日民集一六巻九号一八〇九頁）をすべて債権の準占有者に当たるとしてきた。また、預金担保貸付においても、出捐者と預入行為者ないし名義人が異なる場合（前掲、最判昭和四八年三月二七日、最判昭和五七年四

月二日金法九九五号六七頁など)、他人Bが預金者Aになりすました場合(最判昭和五九年二月二三日民集三八卷三号四四五頁)、詐称代理人の場合(最判平成六年六月七日金法一四二二号三二頁、最判平成九年四月二四日民集五一卷四号一九九一頁)のすべてについて、債権の準占有者に当たるとして四七八条を類推適用してきた。さらに、判例は、行為の性質という点でも、預金の払戻しに四七八条を適用するだけでなく、預金担保貸付という新規の法律行為についても、これを全体として弁済に類似するとして、四七八条の類推適用を認めてきた(これを明確にした判決として、前掲、最判平成九年二月二四日〔ただし、生命保険の契約者貸付の事例〕)。このようにして、判例は、預金取引をめぐる問題において、行為の「名義」にも、また行為の「法的性質」にもこだわらないという判断を、四七八条の適用・類推適用という法律構成に託してきたのである。

しかし、判例の採る客観説の主眼が、預金取引は人的要素が重要視されない取引であるという認識に基づくものであるならば、その後の処理もまたこの認識を貫くべきであり、四七八条に依拠する構成は、妥当でないように思われる(逆に言えば、払戻しや預金担保貸付の時点で人的要素を重視するならば、最初の預金契約の時点から重視して契約の一般理論に従うのが筋である)。四七八条は、沿革的には、フランス法に倣ったものであり、ここでは、万人にとって債権者と見えるような者(表見相続人、債権譲渡無効の場合の債権譲受人など)に対する善意の弁済のみが救済されるという、ごく限定的な範囲の問題を取り扱うものであった(70)。つまり、この規定は、指名債権であるならば誰が債権者であるかは通常容易にわかるはずであるにもかかわらず、特殊な事情によってそれがわからなくなってしまうという異常な事態のための例外的な保護規定であるということが重要である。本研究の観点からいえば、これは、「人的要素が重要な取引における」例外的保護規定であるといえる。しかし、判例は、このように人的要素が重視される取引における異常事態のための例外的保護規定を、即物的であるがゆえに人的要素がはじめから重視されない取引のために拡大して利用しているのである(それゆえ、前述のように、判例は、債権の準占有者の範囲の拡大にもこだわらず、また、行為の性質にもこだわっていないと理解することができる)。しかし、はじめから人的要素が重視されない取引であるという点に注目するならば、ここで人的要素を重視する取引であることを貫くために設けられた保護規定を利用するのは矛盾である(71)。したがって、法律構成としては、即物的で人的な要素が重視されない場合のための規定である一九二条(預金担保貸付の場合には、動産質権類似の担保権の善意取得と構成する)によるのが最も妥当であると考え(72)(73)。

(22) 我妻栄『新訂民法総則』(一九六五年、岩波書店)三四四頁。

(23) 我妻・前掲注(22)三四六頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』(一九八四年、青林書院新社)三〇八頁など。判例として、大判大正九年四月二七日民録二六輯六〇六頁、大判大正九年六月五日民録二六輯八一二頁、大判昭和五年八月四日新聞三一六九号一六頁。

- (24) 浜上則雄『注釈民法（４）』（一九六七年、有斐閣）二一頁は、「このような結論は、代理行為の当事者は代理人であるとする代理人行為説（通説）の立場からは説明が困難であると思われる」とする。
- (25) 内田貴『民法Ⅰ』（一九九四年、東大出版会）一三〇頁も、こういった特別な場合は除き代理行為は有効となるとする。
- (26) 第三章第二節 1—3。
- (27) 第三章第二節 1—3。
- (28) 私見によれば、本人と相手方との間に法律関係を生じさせる代理とは異なり、この場合には、行為者と相手方との間で取引は成立しているが、名義を貸した者は、相手方からの請求に対して抗弁できないという意味での「責任」を負うべきであり、これを民法九三条によって処理したらどうかと考えている。第三章第二節 1—4。
- (29) 以下の著述については、第三章第二節 4—3 二。
- (30) 椿寿夫『注釈民法（４）』（一九六七年、有斐閣）一二八頁およびそこに所掲の文献参照。なお、川島武宜『民法総則』（一九六五年、有斐閣）三八三頁、幾代・前掲注(23)三八四頁は、拡張適用と述べる。
- (31) たとえば、幾代・前掲注(23)三〇八頁。
- (32) 蕪山巖・最高裁判例解説民事篇昭和三九年度三三八頁。
- (33) ⑤の時期になると、このような考え方が定着し、学説上この点を問題にするものすらなくなっている。星野英一「判批」法協九五巻二号四三九頁、友納治夫・最高裁判例解説民事篇昭和五一年度二六五頁参照。
- (34) しかし、表見代理と異なり、本人名義で行為がなされた場合には、その法律効果を行為者自身に帰属させようとして行為する場合もありうる。これは、ここで問題にしている本人の財産管理の場合ではなく、前述した名板貸の場合に属する問題であり、この場合には、商法二三条（**注記** 現商法一四条）の類推適用などによるのが妥当であろう。
- (35) 椿寿夫「有権代理・表見代理・無権代理」山本進一先生還暦記念『法律行為論の現代的課題』（一九八八年、第一法規）二一九頁、同・前掲注(30)九四頁。
- (36) たとえば、東京地判平成六年九月二〇日金法一四三一号四五頁は、会社経営者の実弟が銀行との間で会社および経営者の名義で準消費貸借契約と抵当権設定契約を締結したという事案において、従来から実弟が会社経営に関与していたことを認定したうえ、これらの契約は会社および経営者の意思に基づきなされたものであるとした。
- (37) 伊藤・前掲注(17)『授權・追完・表見代理論』五七頁以下、七〇頁以下。
- (38) 五〇四条の理解については、同条は商行為では代理の顕名が問題にならないことを規定したものであり、積極的に他人の名で行う授權までを認めた規定といえるのかという疑問がある。
- (39) 伊藤・前掲注(17)『授權・追完・表見代理論』四六頁以下。

- (40) 石田・前掲注(17)五五頁以下。
- (41) このような細かい分類をされるにあたっては、一〇〇条自体についての石田助教授独自の解釈が前提になっている。
- (42) 三宅正男「判批」判例評論三七八号四四頁。
- (43) 第三章第二節 2—5。
- (44) 第一章第一節 1—4 二。
- (45) 九四条一項にいう「無効」は、この秘密の合意が外形的な意思表示とくい違う部分についてのことにすぎないと解すべきである。また、このような法律関係の中には、債権取立てのための債権譲渡など、従来いわゆる信託的行為とされてきたものも含まれることになる。信託的行為という構成は、虚偽表示としたのではなされた意思表示が無効であるという点を意識して、当該行為を有効視するための解釈上の工夫であるといえるが、民法上の根拠は不明確なままである。しかし、私見によれば、そもそも虚偽表示だからすべて無効とされる点が妥当ではなかったものであり、当事者の真の合意は有効であるが、ただなされた外形がそれをそのまま表示していないために、第三者への対抗可能性が問題になるにすぎない。
- (46) ひとつひとつ判例は挙げないが、第一章第一節 1—2 を参照されたい。なお、執行免脱のための登記名義移転の場合は、表示をまったく否定する合意があるようにみえるが、実は、執行を免れようという共通の動機があるにすぎず、なされた表示はまさにこの動機を実現するものにほかならないのであるから、むしろ通常の意味表示であり、ただ九〇条によって無効とされるべきものとする。第一章第一節 1—2 二のほか、中舎寛樹「買受建物名義登記事件」石田喜久夫＝湯浅道男編『判例演習民法1〔民法総則〕』（一九八八年、成文堂）一一一頁。
- (47) なお、相手方に無過失を要求すべきではないと考える。代理の場合と異なり、行為者は自分が真の権利者であると表示している以上、相手方にはそれ以上それが真実か否かの調査義務を負わせるべきではないからである。
- (48) 石田・前掲注(17)五三頁以下。
- (49) 三宅・前掲注(42)四五頁以下。
- (50) その過程については、数多くの論考があり、判例についてもそのひとつひとつをここで挙げることはしない。第一章第二節 1、2 参照。
- (51) 第一章第二節 2—2 (2)。
- (52) 東京地判昭和五七年二月八日訟月二八卷五号九五二頁、東京地判昭和五八年七月一九日判時一一〇二号七七頁、浦和地判昭和五八年一月一八日判時一一一一号一三一頁、東京高判昭和六〇年一月二九日判時一一四四号九二頁、東京高判昭和六〇年四月二四日東高民時報三六卷四・五号七六頁、判時一一五四号八五頁、横浜地判昭和六一年二月二六日判タ六〇五号五五頁、名古屋高判昭和六二年一〇月二九日判時一二六八号四七頁など。

- (53) 東京地判昭和五六年三月三十一日判タ四四八号一一五頁、大阪高判昭和六〇年一月二十九日判タ五五〇号一四六頁、東京高判昭和六〇年四月二四日東高民時報三六卷四・五号七七頁、高松高判昭和六三年三月三十一日判時一二八二号一二五頁、東京地判平成三年一〇月九日判時一四四五号一五八頁。
- (54) 従来、処分授權に違反した場合に関する裁判例として、東京高判昭和五六年一二月二一日判時一〇三六号七七頁（相続人に分配する趣旨で建物を換価処分する権限を他人に授与したところ、その者が自己の利益をはかるために建物の名義を自己名義に移転し、抵当権を設定してしまったという事例）、大阪地判昭和六二年二月二〇日判時一二八二号一三九頁（金員の借入とそのための担保権設定を他人に依頼して登記に必要な書類を交付したところ、その者が自分の会社の名義に移転して他に譲渡してしまったという事例）が挙げられることがあり、これらではいずれも、「一一〇条の法意を類推して」相手方が保護されている。しかし、これらで問題になっている相手方の信頼は、管理権限に対する信頼ではなく、登記名義に対する信頼であるから、一一〇条ではなく、九四条二項の類推適用によるべきものであったといえよう。実際、このような事例は、従来数多く九四条二項類推適用で問題とされてきた事例の典型例であるともいえる。
- (55) 田島順「非権利者の処分と其追完」論叢三二卷二号四三一頁。
- (56) 於保不二雄「追完（Konvaleszenz）に就て」論叢三三卷一号四五頁（同・前掲注(1)『財産管理権論序説』二四三頁所収）。
- (57) 前者の判決それ自体は、一一六条に言及していないが、「無権代理ノ追認ト撰フトコロ無シ」「此理ハ……拡張スルヲ得ヘシ」と述べており、同条を類推適用した事例とみてよいであろう。伊藤進「判批」法律論叢三七卷四号二三五頁（同・前掲注(17)『授權・追完・表見代理論』一四七頁所収）参照。なお、非権利者による処分と追認に関する裁判例を詳細に分析したものとして、服部篤美「非権利者の処分行為と権利者による追認」判タ五五一号一四二頁がある。
- (58) なお、最判昭和三三年六月五日民集一二卷九号一二九六頁は、非権利者が自己の物として処分した場合ではなく、非権利者を無権代理したという事案であったが、本条を類推適用した。調査官解説である土井王明・最高裁判所判例解説民事篇昭和三三年度一四二頁は、昭和一〇年判決を踏襲したものとするが、学説では、本件は特殊な事案の下での「無権代理」への類推適用であると解されている（谷口知平「判批」民商四〇卷一号八三頁以下〔家督相続人が誰かを間違えたという相続上の特殊性があるとする〕、泉久雄「判批」法学二三卷三号一一六頁以下〔無権代理人が死亡し本人が死亡したことなどをあげる〕）。
- (59) 末川博「判批」民商三卷四号七二二頁、川島武宜「判批」判民昭和一一〇年度一一一事件四三九頁、我妻・前掲注(22)三七七頁、三八九頁、幾代・前掲注(23)四二一頁など。

- (60) 於保不二雄「判批」論叢三四卷三号五二八頁、伊藤・前掲注(57)法律論叢二三五頁以下。とくに、昭和三十七年判決に対しては、遡及効が問題となった事例ではなく、一一九条但書によってもよかったとして、上記の学説だけでなく、追完理論を採らない立場からも批判が強い。鈴木禄弥「判批」法学二八卷二号一三五頁参照。
- (61) 伊藤教授は、授權でも処分授權の場合には原則として顕名が問題にならず、隠れた授權が認められるとする立場から（伊藤・前掲注(17)『授權・追完・表見代理論』五〇頁）、非権利者の処分行為に対する追認でも、処分する者が誰かが重要な要素にはならないとされ、処分における無権代理の追認との類似性から一一六条の類推適用に賛成される（伊藤・前掲注(57)法律論叢二四〇頁〔同・前掲注(17)『授權・追完・表見代理論』一五二頁〕）。しかし、処分行為では人的要素が問題とならない（問題と「しない」とするのではなく）とされることには疑問がある。むしろ、後述1—2四で述べるように、人的要素は、目的物や当該取引の特殊性によって問題とならない場合があるというにとどまるのではなかろうか。
- (62) しかし、稲本洋之助『注釈民法（3）』（一九七三年、有斐閣）一八四頁、内田・前掲注(25)二四三頁は、虚偽表示の追認では一一九条ただし書が適用されるとする。
- (64) 従来の学説の中でも、服部・前掲注(57)一五七頁以下は、権利者の意思の分析を行うべきであり、それに基づいて追認の効果、遡及効の有無が決定されると主張し、結果としては一一六条の類推を肯定する。ただし、本文で述べたような場合分けをしているわけではない。なお、追認を認めた場合の第三者との関係などについては、ここで検討する余裕はない。
- (64) 伊藤・前掲注(17)『授權・追完・表見代理論』四七頁以下。
- (65) 中古車の販売委託について、第三章第二節2—5参照。
- (66) 安永正昭「預金者の確定と契約法理」石田喜久夫＝西原道雄＝高木多喜男先生還暦記念（下）『金融法の課題と展望』（一九九〇年、日本評論社）一六一頁、簡単には、第二章第二節1—1、中舎寛樹『民法判例百選Ⅱ〔第四版〕』（一九九六年、有斐閣）八四頁、同『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』（二〇〇九年、有斐閣）七六頁参照。
- (67) 星野英一「いわゆる『預金担保貸付』の法律問題」金融法研究三号五四頁（同『民法論集七巻（一九八九年、有斐閣）一八七頁所収）。
- (68) 安永・前掲注(66)一八一頁は、預金者が誰かに銀行が関心を有する場合には客観説は妥当しないとされ、預金担保貸付の場合がこれに当たるとされる。しかし、預金担保貸付において銀行が担保に取る預金の預金者が誰かがあやふやであることには変わりがない。そうだとすれば、この場合に契約の一般理論によるべきであるとするのは、いわば誰が当事者かに関心がない取引におけるあやふやな当事者を信頼したという、二段のあやふやさがあるゆえに契約の一般理論に戻るべきであるというに等しく、賛成しがたい。また実際にも、預金担保貸付において当事者が誰かについて銀行が関心を抱くのは、担保の実行時であろう。

- (69) 簡単には、中舎・前掲注(66)『民法判例百選Ⅱ〔第四版〕』八四頁、『民法判例百選Ⅱ〔第六版〕』七六頁、第二章第二節3参照。
- (70) 沢井裕『注釈民法（12）』（一九七〇年、有斐閣）七七頁、池田真朗『分析と展開Ⅱ』（一九八六年、弘文堂）九五頁、同「判批」判タ五九八号五五頁、同「民法四七八条の解釈・適用論の過去・現在・未来」『慶応義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科編』（一九九〇年、慶応義塾大学）三一五頁など参照。
- (71) したがってまた、預金担保貸付について、判例による四七八条の類推適用を批判しつつ、九四条二項の類推適用や表見代理によるべきであるとする主張にも賛成しがたい。千葉・前掲注(20)二二頁以下は、預金担保貸付でも弁済に類似しないような権利創設型預金担保貸付は表見代理で処理すべきとするが、「預金」担保貸付では、通常、出発点において人的要素を重視する前提が欠けているのではなかろうか。
- (72) 第二章第二節1—3、2—5、4—5参照。
- (73) このような理解からすれば、預金の払戻しの場合にも、本来ならば、四七八条による処理によるべきではなく、人的な要素が重視されない特定の動産取引において後にそれを真の権利者が誰か分からないまま他の者に返還する場合に類似した構成、すなわち、目的物たる金銭（価値）の実質的権利者である出捐者にその価値を返還しない場合でも、人的な要素が重視されない取引であることから銀行が免責されうると構成することが最も妥当ということになる。預金取引における免責規定（総合口座取引規定一条など）は、このような趣旨を示したものと理解することもできるように思われるが、民法上には適切な規定が見当たらない。また、四七八条は、今日、預金の払戻しにかかわる事例を包括的に処理する規定として機能しており、金融機関の定める免責約款もこの規定の範ちゅうで理解されている。したがって、現時点では、払戻しの場合には四七八条によるという構成を甘受せざるを得ないであろう。

1—3 むすび

（1） 以上、財産管理人が取引する場合の行為名義の多様性に応じて、それぞれの場合の法律構成を既存規定でどこまで調整できるかという観点から検討してきた。検討の結論をまとめるならば以下ようになる。

① Aの財産についてBがCと取引する場合には、種々の場合があり、民法の定める代理制度ではこれをカバーしきれない。

② 財産の帰属主体の名で行われた取引（代理の類推）

財産の帰属主体であるAの名で行われた取引の場合には、Aの了解の下でそれが行われる限り、Aと相手方Cとの間で直接法律関係を発生させることが合理的であり、代理の類推と構成すべきである。また、BがAから付与された管理権限に違反したとき、および、権限を付与されていなかった場合には、代理における相手方保護規定である表見代理規定

の類推適用によるべきである。さらに、有権代理への繰り込みと同様の認定作業が有効な場合がある。

③ 財産管理人の名で行われた取引（虚偽表示）

財産管理人Bの名で行われた取引の場合には、Aの了解の下でそれが行われるときは、これを虚偽表示と構成すべきである。相手方Cが善意であるときは、CはBとの取引関係を主張でき、Aは自己が財産の帰属主体であることを対抗できないが（九四条二項）、Cが悪意であるときは、代理ではないがこれにきわめて近い関係になり、法律関係はAとCとの間で生じると解すべきである。Bが権限に違反した場合にも、この区別に従い、九四条二項か、または表見代理規定の類推適用により処理されるべきであり、また、B名義で行うことが了解されていなかった場合には、九四条二項類推適用によるべきである。さらに、Bの行為をAが後で追認した場合には、一律に一一六条類推適用または一一九条ただし書によるべきではなく、Aの追認の内容が無権代理の追認の場合とどの程度類似しているか否かに従って、一一六条の類推適用によるべき場合と一一九条ただし書によるべき場合とを区別すべきである。

④ 顕名が重要でない取引（処分権）

顕名が重要でない取引の場合には、端的に当該財産に関する管理・処分権限が付与されているとだけ構成すれば足り、それ以上誰との間で取引関係が生ずるかを論ずる必要はない。Bが管理・処分権限に違反した場合および権限を付与されていなかった場合には、一九二条により相手方Cが保護される。そしてこの理は、特定の動産についての取引の場合だけでなく、広く人的な要素が問題とならない取引の場合に援用されるべきであり、預金者の認定および預金担保貸付はそれに当たると解すべきである。

（２） 以上のような構成は、財産管理人の取引ないし他人に代わってする行為に関して、民法の制度で欠けている部分はどこなのか、またそれは民法上の既存規定では処理できないのか、民法の隙間を埋めるために既存規定の解釈はどのように変容すべきか、そしてそれはどこまで許されるか、各場合相互の関係は整合的か、という観点からのみ検討した結果である。従来の財産管理権論、授權理論、信託理論からすれば、統一的な理論的基礎を欠く継ぎはぎの構成であるとの批判があろう。たしかに、ここでは、各法律構成の結果を全体として理論的に基礎づける検討は何ら行っていない。しかし、解釈論に与えられた民法典という枠内で各規定が今日果たしている実際の機能を分析・検討し、それを法律構成に生かすことによって、他人に代わってする行為についての機能的な観点からする、制度横断的で調整的な理解ができるならば、その全体がすでに今日におけるひとつの財産管理法の体系であるといえるように思われる。

2 真の権利者の帰責根拠としての認容

2-1 他人による行為の全体像と真の権利者の帰責の構造

他人による行為を本研究で検討した表見法理との関係で分類すると、①代理人名義で行われた行為、②本人名義で行われた行為、③行為者名義で行われた行為、④行為名義に関心なく行われた行為に分けることができる。本研究での検討結果からすれば、それぞれの行為が無権限で行われた場合が、①については表見代理であり、②については表見代理の類推適用であり、③については民法九四条二項類推適用であり、④については預金取引における民法四七八条の類推適用だからである。

(1) 代理人名義による行為

他人による行為の典型的な場合は代理であり、この場合の本人が責任を負う構造は、このような行為が正常に行われた場合の法律構成および無権限で行われた場合の表見法理の適用のいずれにおいても、民法上明らかである。すなわち、代理が正常なかたちで行われた場合には、本人による代理権授与を根拠として、代理人が相手方とした行為の法律効果が本人に帰属する（民法九九条）。また、代理権なく代理行為が行われた場合でも、代理権授与の外観について本人に表示責任がある場合には民法一〇九条により本人に効果が帰属する。代理権ある者が越権行為をした場合および代理人であった者が代理行為をした場合には、民法一一〇条および民法一二条によって、そのような行為がなされるにいたったことに対する本人の関与と相手方の信頼との相関的判断によって本人への効果帰属が判断される。

(2) 本人名義による行為

他人による行為が本人名義でなされた場合に本人がその責任を負う構造については、民法上明確な条文がない。しかし、本研究での検討をふまえたときは、このような行為は、本人名義で行為することを本人が許容していることを要件として有権代理と同様に取り扱ってよい(1)。また、本人名義で行為することを許容していたが、その許容の範囲を超える行為がなされた場合には、相手方がこれを本人の行為であると信ずるにつき正当の理由があるときに民法一一〇条の類推適用を認めるべきである。さらに、本人名義で行為することを許容していなかった場合には、行為者が本人であるという表示をしたことに対する本人の表示責任として民法一〇九条の類推適用を認めるべきである。このようにして、本人名義による行為が無権限で行われた場合の表見法理については、本人への法律効果の帰属を正当化するために、表見代理の類推適用によるべきである(2)。

(3) 行為者名義による行為

他人による行為が行為者名義でなされた場合に本人が責任を負う構造についても、これを直接規定する条文は民法上存在しない。しかし、本研究での検討をふまえたときは、このような行為が本人からの権限授与、すなわち、行為者名義で法律行為をすることの認容に基づいて行われた場合には、民法九四条二項により、本人は善意の第三者に対して行為者が無権利者であることを対抗できないと解すべきことになる(3)。また、このような行為が無権限で行われた場合には、無権利者により法律行為が行われることを認容していると評価することができる時に限って、民法九四条二項の類推適用を認めるべきである。このようにして行為者名義による行為に対する本人の責任は、そのような行為に対する本人の認容を根拠として民法九四条二項類推適用によって正当化されるべきである。

(4) 行為名義に関心なく行われる行為

他人による行為の中には、行為者の行為名義に関心がなく、取引される目的物に関心がある場合がある。動産商品取引がその典型的な場合であり、動産が所有者以外の者によって第三者に処分された場合には、その処分行為は行為者と第三者との間で成立するが、動産所有権は、行為名義に関係なく、真の所有者から第三者に移転すると解すべきである。そして、動産取引が無権利者によってなされた場合が表見法理の問題であり、民法一九二条の場合である。したがって、第三者は、盗品・遺失物の例外を除き、原則として真の権利者と無権利者間の事情、すなわちそのような行為に対する真の権利者の認容などの有無にかかわりなく、所有権を取得する。

本研究での検討によれば、預金取引はこのような取引に類似している。預金債権は、法律構成上は債権と構成されるが、預金取引においては、その大量・同種・反復性から、債権の帰属主体が誰であるかに関心が置かれない。このような預金取引の特殊性からすれば、他人により預金取引が行われた場合には、動産の処分に準じた法律構成をすることが紛争の実体に即している。したがって、他人に対して預金の処分につき権限が授与されている場合には、行為者である他人と債務者である銀行との間で取引は成立し、真の預金者はこれに対して異議を申し立てることができないと解すべきである。また、預金取引が無権利者によって行われた場合が表見法理の問題であるが、この場合でも、債権の帰属主体に対する信頼保護ではなく、金銭処分権限に対する信頼を保護すべきであり、民法一九二条の類推適用を認めるべきである。ただし、預金取引であっても、無権利の行為者が代理人と称した場合には、動産取引においても民法一九二条の適用がないのと同様にして、表見代理の問題として処理されるべきである。

2-2 結論

以上、本研究の検討からいえることは次のとおりである。第一に、表見法理における真の権利者の帰責の構造は、無権利者の行為名義および目的物に応じて多様である。これを

帰責性の一言をもって論ずることは妥当でなく、それぞれの構造の違いに応じて真の権利者の帰責の正当化根拠と限界を設定すべきである。第二に、それにもかかわらず、各表見法理における帰責の構造には、真の権利者による認容を基礎とするという点で共通性がある(4)。これは、表見法理が、他人による行為が無権限で行われた場合に関する法理であることによるのであり、表見法理は、他人による行為の権限違反類型と位置づけられるべきである。第三に、他人による行為が正当な権限に基づいて行われた場合の本人への法律効果の帰属根拠は、そのような行為に対する権限付与である。表見法理は、他人による行為が無権限で行われた場合の本人への効果帰属法理であり、他人の行為に対する本人の認容が基礎的な帰責根拠となっている。

以上のような結論は、法律行為論・意思表示論上、他人の行為の「認容」という意思的な関与によって「一定の法律関係が形成され、法律効果が生じる」ことを認めるものである。認容は、本人の意思的関与ではあっても効果意思そのものではなく、また準法律行為の効力発生根拠である観念の通知（意思の通知）でもないが、他方では他人による法律行為の単なる動機でもない。意思ではないが、動機以上の積極的な自覚的心理状態の対外的発現であり、客観的事実である。したがって、表見法理における本人の責任は、このような自覚的心理状態の対外的発現に基づく法律効果の発生によるものであり、表見法理は、認容に対する法定責任制度であると結論づけることができる。

- (1) 第四章第二節 1—2 二。通説は、行為者が代理人であるときは有権代理としてよいと解するが（我妻栄『新訂民法総則』〔一九六五年、岩波書店〕三四六頁など）、はじめから本人名義で行為し、その法律効果を帰属させるつもりである場合を代理の一場合という必要はないように思われる。
- (2) 判例もまた、このような場合を表見代理規定の類推適用によって処理してきたことにつき、第三章第二節 4—3 二、第四章第二節 1—2 二参照。
- (3) 詳しくは、第四章第二節 1—2 三参照。
- (4) ただし、民法四七八条や一九二条においては、金銭や動産の処分について認容がなくとも、処分権があるとの信頼が優先される。

以上